



HUKUK FAKÜLTESİ

# Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

*Yıldırım Beyazıt Law Review*

YBHD • Yıl 5 • Sayı 2020/1

ISSN: 2149-5831





YBHD'nin Temmuz 2020'da çıkacak yeni sayısı için 15.04.2020 tarihine kadar Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca dillerinden birinde yazılmış çalışmalarınızı <http://ybhukukdersisi.com/> adresinden ulaşabileceğiniz Dergipark sayfamızdan bizlere ulaştırabilirsiniz.

# YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi  
*Yıldırım Beyazıt Law Review*

## MAKALE AĞRISI CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun eşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi dergipark yoluyla bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries and case notes in Turkish, English, German and French in all fields of law, for any query or submission kindly contact via "YBHD-Dergipark web site."

2020/2.  
SAYI İÇİN

Web sitesi/*Web Site* : [ybhukukdersisi.com](http://ybhukukdersisi.com)

ULAKBİM Dergipark : [dergipark.ulakbim.gov.tr/ybuhukuk/](http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ybuhukuk/)

İletişim/*Contact* : [ybhukukdersisi@ybu.edu.tr](mailto:ybhukukdersisi@ybu.edu.tr)

Posta Kodu/*Zip Code* : 06010

## YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.



**HUKUK FAKÜLTESİ**

# **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**

*Yıldırım Beyazıt Law Review*

**YBHD • 2020/1**

**Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)**  
*Yıldırım Beyazıt Law Review*

**Adına Yayın Sahibi/Owner on Behalf**  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor**  
Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

**Editör/Editor**  
Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

**Yayın Kurulu/Editorial Board**  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN  
Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ  
Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ  
Dr. Öğretim Üyesi Mehmet Bedi KAYA  
Öğr. Gör. Dr. Cannur ERCAN ÇATAKLI  
Öğr. Gör. Ali SAĞLAM  
Arş. Gör. Köroğlu KAYA  
Arş. Gör. Murat EKİNCİ  
Arş. Gör. Bilal TOPRAK  
Arş. Gör. Emre İkbâl AÇIKGÖZ  
Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN  
Arş. Gör. Hale ŞAHİN  
Arş. Gör. Dilara KARLI

**ISSN: 2149-5831**

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) 6 aylık yaygın süreli hakemli bir dergidir.  
"Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir."

Bu çalışma Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi  
Bilimsel Araştırma Projeleri (BAP) kapsamında desteklenmektedir.

**Basım Tarihi / Date of Publication:** Ocak 2020/January 2020

**Yayın Türü / Publication Type:** Uluslararası Süreli Yayın/ International Periodical

**Yönetim Yeri Adresi / Place of Management:** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik/ANKARA

**Tel / Phone:** +90 0312 906 21 02/0312 906 21 69

**Belge Geçer / Fax:** +90 312 906 29 62

**Elektronik Ağ / Website:** www.ybhukukdersisi.com

**E-posta / E-mail:** ybhukukdersisi@ybu.edu.tr

**Basım Yeri / Printinghouse:** Tam Pozitif Reklam Matbaa, Ankara www.pozitifmatbaa.com

## **DANIŞMANLAR KURULU**

---

Prof. Dr. Yücel ACER	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ziya Sacit ÖNEN	<i>Atılım Üniversitesi İşletme Fakültesi</i>
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	<i>Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	<i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Assoc. Prof. Dr. Pablo Fernandez	<i>Carballo – Calero Univeristy of Vigo Faculty of Law</i>





## **YAYIN KURULUNDAN**

---

Kıymetli Okuyucularımız,

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi`nin (YBHD) 9. sayısını (2020/1) sizlerle buluşturmanın heyecan ve mutluluğu içerisindeyiz. Bu sayımızda da muhtelif hukuk dallarını ilgilendiren birbirinden değerli çalışmalar yer almaktadır.

YBHD olarak bu sayımızda, Editör ve Yayın Kurulu bağlamında bir bayrak değişimi ile karşınızdayız. Yeni Editörümüz ve aramıza yeni katılan Yayın Kurulu üyelerimizle daha evvel olduğu gibi bundan sonra da nitelikli bilimsel çalışmaları sizlere ulaştırmanın gayreti içerisinde olacağız.

YBHD'nin 2020/1 sayısında anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukuku, hukuk felsefesi ve hukuk tarihine ilişkin toplam yedi (7) adet kamu hukuku makalesine yer verilmiştir. Bunun yanı sıra özel hukuk alanında da medeni hukuk ve ticaret hukukuna ilişkin dört (4) makale yer almaktadır.

Dergimizin okuyucularımız için istifadeye medar olmasını diler, keyifli okumalar dileriz.

**YBHD Yayın Kurulu**



# YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

## İÇİNDEKİLER / CONTENTS<sup>1</sup>

Yayın Kurulundan .....	vii
İçindekiler.....	ix

### KAMU HUKUKU

Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış  
*A Philosophical Look At The Ideal of The Rule of Law*  
**Prof. Dr. Sururi AKTAŞ .....**

**1**

Askeri Hizmetlerin İfasında Suç Teşkil Eden Emri Yerine Getirenin Cezai Sorumluluğu  
*Criminal Responsibility Of The Execution of An Order That Constitute Crime In The Fulfillment Of Military Services*

**Dr. Hüseyin AYDIN..... 33**

Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan Ya Da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi  
*An Evaluation Of The Constitutional Amendments That Extends Or Abolishes The Presidential Term Limits From The Prespective Of Abusive Constitutionalism*

**Arş. Gör Ahmet EKİNCİ/Arş Gör. Aslıhan Kaplan ARIK..... 71**

Anayasalcılık Ve Demokrasi Arasındaki İlişki: Sürekli Bir Çatışma Mı Simbiyotik Bir Birliktelik Mi?  
*The Relation Between Constitutionalism And Democracy: A Ceaseless Conflict Or A Symbiotic Coexistence?*

**Arş. Gör. Atıl Buğra KARADAŞ..... 123**

Türk Hukuk Tarihi Açısından Kul Sistemi  
*Kul System In Turkish Legal History*

**Arş. Gör. Abdullah Vefa KARATAŞ..... 153**

<sup>1</sup> "Makaleler yazarların unvanına göre, aynı unvandaki yazarların ise soyadlarına göre sıralanmıştır."

Osmanlı Yargı Teşkilatında Naib  
*“Naib” In The Ottoman Judicial System*  
**Arş. Gör. Betül KAYAR.....189**

Güncel Yargı Kararları Işığında Tam Yargı Davalarında Tazminatın İrat  
Şeklinde Belirlenmesi  
*Determination Of Compensation As Revenue In Full Remedy Actions In The Light Of  
Current Jurisdictional Decisions*  
**Serkan ASKER .....235**

## ÖZEL HUKUK

Assessments On The Trips Agreement And The Convention On Biological Diversity  
*Trips Anlaşması İle Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi Üzerine Değerlendirmeler*  
**Dr. Öğr. Üyesi Sinan MİSİLİ.....275**

Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu Ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı  
*Out-Of-Court Divorce And The Approach Of Turkish Law Towards it*  
**Dr. iur. Merve Ürem ÇETİNEL/ Arş. Gör. Biset Sena GÜNEŞ .....309**

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunumuza Göre Açılan Tenkis Davası İle  
Mirasçıların Açabileceği  
Diğer Davaların Karşılaştırılması  
*The Comparison Between The Lawsuit of Action By Reduction Filed According The  
Turkish Civil Law Numbered 4721 And The Other Lawsuits That Can Be Filed by  
Heirs*  
**Dr. Remzi DEMİR.....341**

Anonim Şirketlerde Borca Batıklık Ve Sıradan Çekilme Sözleşmeleri  
*Over-indebtedness and Letter of Subordinations in Joint-Stock Companies*  
**Şükriye Dönmez ASLAN.....365**

# **KAMU HUKUKU**



## HUKUK DEVLETİ İDEALİNE FELSEFİ BİR BAKIŞ

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ\*

### ÖZET

Bu makalede hukuk devletinin kavramsal çözümlemesi yapılarak söz konusu kavramın içeriğini oluşturan bileşenlerin neler olduğu, çeşitli hukuk devleti idealleri açısından ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ayrıca hukuk devletini besleyen ilke ve kuralların niteliği tartışılarak Hart'ın birincil kuralları-ikincil kurallar ayrımı açısından analiz edilmiştir. Hukuk devleti kavramının genel görünümüleri olan biçimsel (prosedürel) hukuk devleti ve maddi hukuk devleti ayrımı yapılarak bu ayrımların hangi temel hukuk teorilerine denk düştüğü irdelenmiştir. Diğer yandan, ne tür bir hukuk devleti kavramının, bu idealden beklenen amacı gerçekleştireceği de tartışılmıştır. Hukuk devletinin biçimsel (prosedürel) ve kurumsal gereklerinin tek başına yetersizliği vurgulanarak bunlara hukuk devletinin maddi gereklerinin de eklenmesi zorunluluğu anlatılmaya çalışılmıştır. Hukuk devletinin kurumsal gerekleri genel olarak “biçimsel hukuk devleti” kategorisi içerisinde görülse de, çalışmanın sonuç bölümünde kurumsal gerekler ayrı bir kategoride değerlendirilerek, biçimsel, kurumsal ve maddi unsurları taşıyan bir hukuk devleti kavramı önerisinde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Devleti, Rechtsstaat, Yasacılık, Biçimsel Hukuk Devleti, Maddi Hukuk Devleti, Prosedürel Hukuk Devleti.

---

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, saktas@erzincan.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6513-0525 (Geliş Tarihi: 11.07.2019 – Kabul Tarihi: 22.11.2019).

## A PHILOSOPHICAL LOOK AT THE IDEAL OF THE RULE OF LAW

### ABSTRACT

In this article, after having made the conceptual analysis of the rule of law, the components of the concept of rule of law are tried to be explained in terms of the ideals of different understandings of the rule of law. It is also discussed the nature of principles and rules of the concept of rule of law and analyzed in terms of Hart's primary rules-secondary rules distinction. The formal (procedural) and substantive conceptions of rule of law, as the general aspects of the rule of law, are examined. Besides, it is tried to examine the formal (procedural) and substantive concepts of rule of law in terms of main legal theories. On the other hand it is discussed what kind of the concept of rule of law will serve to the objective which is expected from this ideal. The deficiency and weakness of the formal (procedural) and institutional concepts of the rule of law are emphasized and tried to exhibit that some substantive requirements of rule of law should be added to the formal and institutional conceptions. The institutional requirements, which are generally deemed in the category of formal concept of rule of law, are considered as separate category in the conclusion of this paper. Accordingly in the conclusion of the article it is tried to propose a suggestion about the concept of the rule of law which contains formal, institutional and substantive elements.

**Key Words:** Rule Of Law, Rechtsstaat, Legalism, Formalist Conception of the Rule of Law, Proceduralist Conception of the Rule of Law, Substantive Conception of the Rule of Law.



## I-KAVRAM OLARAK HUKUK DEVLETİ İDEALİNİN GÖRÜNÜMÜ

Hukuk devleti (Rule of law, Rechtsstaat) kavramı, gerek hukuk biliminde ve gerekse mahkeme kararlarında sıkça kendisine başvurulmuş bir ölçüttür. Başvurulan kavram sözel olarak aynı olsa da, bundan farklı şeyler kastedilmiş olabilmektedir. Hukuk devleti kavramını, kararlarında ve çalışmalarında esas alanlar, benimsedikleri hukuk devleti idealine göre değerlendirmelerini yaparlar. Nasıl bir hukuk devletini benimsediğimiz, genel olarak hukuktan ne anladığımıza bağlıdır<sup>1</sup>. Kabul ettiğimiz hukuk teorisi genel olarak hukuk devleti anlayışımızı da belirler. Hukuk devletinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin çabalar, hukuk teorilerine ilişkin öğretilerle yakından alakalıdır<sup>2</sup>. Anayasalar ve yasalar hukuk devletine göndermede bulunmalarına karşın, belirleyici ve tanımlayıcı bir içerik sunmazlar. Hukuk devletine içerik kazandırmaya dönük çabalar, öğreti tarafından yerine getirilir.

Öğretilerde hukuk devleti genelde ikili bir ayrıma tabi tutulur. Bu ayrım, “biçimsel anlamda hukuk devleti -maddi anlamda hukuk devleti<sup>3</sup>” şeklinde olabildiği gibi, “prosedürel hukuk devleti<sup>4</sup>-maddi hukuk devleti<sup>5</sup>”; “araçsal (instrumental) hukuk devleti-maddi hukuk devleti<sup>6</sup>” şeklinde de olabilmektedir. Biçimsel (prosedürel) hukuk devleti ve maddi hukuk devleti ayrımı en yaygın ve kabul gören ayrım olduğu için mahkemelerin bağımsızlığı gibi hukuk devletinin kurumsal gerekleri de genel olarak biçimsel (prosedürel) anlamda hukuk devleti içerisinde değerlendirilir. Biz de çalışmada yaygın kabule uygun olarak konuyu, biçimsel (prosedürel) hukuk devleti ve maddi hukuk

<sup>1</sup> **Craig, Paul** (1997) “Formal and Substantive Conceptions of The Rule of Law: An Analytical Framework”, *Public Law*, s. 487; **Marmor, Andrei** (2010) “The Ideal of the Rule of Law”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Patterson, Dennis, (Editor), Second Edition, Wiley-Blackwell, s. 667.

<sup>2</sup> **Gül, Cengiz** (2010) İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Birinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 208 vd.

<sup>3</sup> **Nowacki, Josef** (1969) “The Material and Formal Conceptions of the Rule of Law”, *Polish Round* 3, s. 81-87. **Tamanaha, Brain Z.** (2004) On The Rule Of Law: History, Politics, Theory, Cambridge University Press, s. 91; **Craig, s. 467; Hatemi, Hüseyin** (1989) Hukuk Devleti Öğretisi, 1. Baskı, İstanbul, İşaret Yayınları, s. 19; **Ökçesiz, Hayrettin** (1998a) “Hukuk Devleti”, *Hukuk Devleti*, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 4, İstanbul, AFA Yayıncılık s. 21-25; **Uygur, Gülriz** (2013) Hukuk Devletinde Hukukun Önünde Olmanın Anlamı, Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan Cilt. II, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 1156; **Gül, s. 200.**

<sup>4</sup> **Özcan, Mehmet Tevfik** (2008) Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, s. 200; **Rose, Jonathan** (2004) “The Rule of Law in the Western World: An Overview”, *Journal Of Social Philosophy*, Vol. 35, No. 4, s. 459.

<sup>5</sup> **Özcan, s. 22; Rose, s. 461.**

<sup>6</sup> **Radin, Margaret Jane** (1989) “Reconsidering the Rule of Law”, 69, *Boston University Law Review*, Vol 69, No:4, s. 783.

devleti olarak ele alarak irdeledik. Ancak çalışmanın sonuç bölümünde bir öneri olarak hukuk devletinin kurumsal gereklerini zenginleştirerek önemlerinden dolayı ayrı bir kategoriye dâhil etmeyi tercih ettik.

Waldron hukuk teorisyenlerinin hukuk devleti idealiyle ilgili analizlerini, “biçimsel, prosedürel ve maddi” olmak üzere üç grupta toplar<sup>7</sup>. Waldron, biçimsel anlamda hukuk devletinin, yasaların geriye yürümezliği ve genelliği gibi birtakım biçimsel niteliklerle ilgili olduğunu belirtmekte<sup>8</sup>; prosedürel hukuk devletini ise, tarafsız ve bağımsız bir yargıç tarafından davaların görülmesi gibi yargılama usulüne ilişkin birtakım kurallara sahip devlet olarak görmektedir<sup>9</sup>. Maddi anlamda hukuk devleti, adalet ve insan haklarının korunması gibi yasaların içeriğine dönük bazı şartları içerir<sup>10</sup>. Cass, hukuk devleti çeşitlerini ortaya koyarken, Pozitivist hukuk devleti kavramı, ahlaki nitelikli hukuk devleti (moral rule of law) ve bu iki aşırı ucun arasında bulunan çeşitli hukuk devleti teorilerinden söz eder<sup>11</sup>. Cass, hukuk devleti bakımından uç bir görüş olarak gördüğü pozitivist hukuk devleti kavramını, yasa yapımı ve uygulamalarının birtakım şekli şartlara uyması zorunluluğunu gerektiren biçimsel anlamda hukuk devleti kavramıyla aynı anlamda kullanır<sup>12</sup>. Cass, diğer bir uça ise, hukuk devleti anlayışını adaletle özdeş gören ahlaki hukuk devletini (moral rule of law) görür<sup>13</sup>. Cass, bu iki aşırı ucun arasında, “istikrar, özgürlük, etkililik, fayda,...” gibi amaçlara hizmet eden hukuk devleti türlerini görür<sup>14</sup>.

Genel olarak pozitivist hukuk teorisi, biçimsel anlamda hukuk devleti anlayışına daha yakındır<sup>15</sup>. Örneğin Hukuki pozitivistlerden Marmor’a göre, “hukuk devleti ideali” ile “iyi hukuk devleti idealini (rule of good law) birbirine karıştırmamak gerekir<sup>16</sup>. Yazara göre “hukuk devleti”, yasacılıkla (legalism) ilgili birtakım şeylere sahip olmayı gerektirirken; “iyi hukuk devleti”, *kişisel özgürlük, insan onuru, insan hakları* gibi değerlere saygılı devlet anlamına gelir<sup>17</sup>. Marmor’ın benim-

<sup>7</sup> Waldron, Jeremy (2006) "The Rule of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Zalta, Edward N. (ed.), <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>, s.e.t. 18. 11. 2018; bkz. Uygur, s. 1156.

<sup>8</sup> Bkz. Raz, Joseph (1979) *The Authority of Law*, Oxford University Press, s. 214 vd.

<sup>9</sup> Waldron, Jeremy (2006) "The Rule of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Zalta, Edward N. (ed.), <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>, s.e.t. 18. 11. 2018.

<sup>10</sup> Zanghellini, Alcardo (2017) "The Foundations of Rule of Law", *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 28, Issue 2, s. 214 vd; Bkz. Tamanaha, s. 92; Craig, s. 477; Radin, s. 787; Uygur, s. 1156.

<sup>11</sup> Cass, Ronald A. (2003) *The Rule of Law in America*, The Johns Hopkins Paperbacks Edition, s. 1- 2.

<sup>12</sup> Cass, s. 1.

<sup>13</sup> Cass, s. 2.

<sup>14</sup> Cass, s. 2.

<sup>15</sup> Ökçesiz, Hayrettin (1998b) "Hukuk Devleti Olgusu", *Hukuk Devleti*, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 4, (HFSA), İstanbul, AFA Yayıncılık, s. 46.

<sup>16</sup> Marmor, s. 666.

<sup>17</sup> Marmor, s. 666.

seddiği hukuk devleti, *yasaların ilan edilmesi ve genel olması* gereği gibi belirli biçimsel özelliklere sahip yasacılık (legalism)'tır<sup>18</sup>. Kelsen ise, devleti bir sosyal gerçeklik olarak hukuktan ayrı görmediği için hukukla yönetilen devlet” tanımlamasını saçma görmektedir<sup>19</sup>. Çünkü Kelsen’e göre “*hukukla yönetilmeyen devlet*” hayal edilemez<sup>20</sup>. Ona göre her devlet bir hukuk düzeni olduğuna göre, hukukla yönetilmesi ve dolayısıyla hukuk devleti (rechtsstaat) olması kaçınılmazdır<sup>21</sup>. Buradan anlamamız gereken, Kelsen’de hukuk devletinin yasacılıktan (legalism) başka bir şey olmadığıdır. Ancak Kelsen’de basit bir yasacılık (legalism), söz konusu değildir. Çünkü onun teorisinde hukuk düzeni hiyerarşik ve mantıksal tutarlılığı olan bir yapıdır<sup>22</sup>. Pozitivist teorilerin biçimsel anlamda hukuk devleti anlayışına daha yakın durmaları, hukuku, içerik bakımından değil, biçimsel özellikleriyle tanımlamaya çalışmalarından kaynaklanır<sup>23</sup>. Hukuki pozitivizmin soy ağacı tezine göre, bir kuralın toplumdaki hukukun kaynağı ile bağlantısı kurulabiliyorsa, o kural geçerlidir<sup>24</sup>. Kuralın adil olup olmaması kuralın varlığı ve geçerliliği için önemli değildir<sup>25</sup>. Genelde doğal hukuk teorileri ise (Lon L. Fuller hariç) hukuku içerik bakımından tanımladıkları için, hukuk devleti bakımından da içeriği esas alan maddi (substantive) hukuk devleti teorilerini esas alırlar<sup>26</sup>. Ancak bütün doğal hukukçu teorisyenlerin maddi anlamda hukuk devletini kabul ettiğini söyleyemeyiz. Aşağıda görüleceği gibi Fuller doğal hukukçu olmasına rağmen hukuk devleti tanımı için biçimsel ölçütler üzerinde durmuştur. Yine aynı şekilde pozitivist hukuk teorilerinin karşısında olan herkesin maddi anlamda hukuk devletinden yana olacağını da iddia edemeyiz. Örneğin, Hayek pozitivist teorilere uzak dursa da genelde biçimsel/prosedürel hukuk devleti kampında görülür<sup>27</sup>. Ancak Hayek’in kabul ettiği hukuk teorisi göz önüne alınırsa konu tartışmaya açık hale gelir. Aşağıda bu konuyu tartışacağız.

Hukuk devleti kavramı, bazıları için asgari birtakım biçimsel koşulları ifade etse de, bazıları için hak ve adalet gibi zenginleştirilmiş içeriğe sahip bir program anlamına gelir. Hangi tanım ve içerikten yana olursak olalım, hukuk

<sup>18</sup> Marmor, s. 666.

<sup>19</sup> Kelsen, Hans (2005) Pure Theory of Law, (Translated from Second Revised and Enlarged German Edition. Translator: Knight, Max), Fift Printing, New Jersey, The Law Book Exchange, s. 312.

<sup>20</sup> Kelsen, (2005), s. 312.

<sup>21</sup> Kelsen, (2005), s. 313.

<sup>22</sup> Bkz. Kelsen, (2005), s. 205 ve 221.

<sup>23</sup> Curzon, L. B. (1995) Jurisprudence, Second Edition, Cavendish Publishing, s. 109.

<sup>24</sup> Himma, Kenneth Einar (1999) “The Epistemic Sense of Pedigree Thesis”, *Pacific Philosophic Quarterly*, Vol. 80, s. 46 vd.

<sup>25</sup> Kelsen, Hans (1949) General Theory of Law and State, (Translator: Wedberg, Andres), Third Printing, Harvard University Press, s. 5 vd.; Austin, John (1995) The Province of Jurisprudence Determined, Rumble, Wilfrid E. (Editor), Cambridge University Press, s. 157; bkz. Parker, Reginald (1956) “legal Positivism”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 32, issue 1, s. 34-35

<sup>26</sup> Bkz. Zanghellini, s. 14. Vd; Marmor, s. 667.

<sup>27</sup> Bkz. Tamanaha, s. 93; Rose, s. 459.

devleti ulaşılmaması gereken bir ideali gösterir. Hayek, hukuk devletini, “hukuk ötesi bir öğreti veya politik bir ideal” olarak görmektedir<sup>28</sup>. Raz da aynı şekilde hukuk devletini bir hukuk sisteminin az veya çok sahip olabileceği politik bir ideal olarak değerlendirir<sup>29</sup>. Marmor, hukuk devletini, “hukukla yönetilmenin iyi bir şey olduğu” biçiminde ahlaki-politik bir ideal olduğunu söyler<sup>30</sup>. Lyons, hukuk devletini, hukuki süreçlerdeki değerler olarak ele alırken<sup>31</sup>, süreçlerdeki bu değerleri bir taraftan<sup>32</sup> ideal bir yasa koyucuyu betimlemeleri anlamında “arzu edilen bir ideal”, diğer yandan da hukukun uygulanmasıyla ilgili süreçsel (prosedürel) değerlerle ilgili bir ideal olarak kavrar<sup>33</sup>. Dolayısıyla hukuk devleti idealinin uygulamaya mükemmel bir şekilde yansımaları arzu edilse bile bu çoğu zaman mümkün olmaz<sup>34</sup>. Ancak hangi hukuk devleti kavramını idealleştirtiğimiz önem arz eder. Minimalist bir anlayış, hukuk devleti için asgari bazı şartları yeterli görerek kavramın mütevazı sınırlar içinde tutulmasından yana tavır alır. Daha iddialı (maximalist) bir yaklaşım, hukuk devletinin hak ve adalet gibi birtakım değerlerin gerçekleştirilmesine hizmet eden bir ideal olarak görür. Diğer bir yaklaşım, hukuk devletini biçimsel bir yapıdan içeriğe doğru zenginleşen bir ideal olarak görülmesi biçimindedir. Bu üç yaklaşımın yöntem ve iddiaları birbirinden farklıdır. Hukuk devleti kavramının teorik düzeyde farklılaşmasının nedeni, bu kavramın içeriğinin nasıl doldurulduğuy-la alakalıdır<sup>35</sup>. Genel olarak hukuki pozitivistler, hukuku biçimsel özellikleriyle tanımladıkları için hukuk devleti anlayışları da buna yakındır. Bunun istisnaları olabilir. Örneğin Fuller, doğal hukuk teorisini benimsemesine karşın, biçimsel anlamda bir hukuk devleti anlayışını benimser. Ancak daha yakından bakıldığında, bunun yine Fuller’in hukuk kavramıyla alakalı olduğu görülür. Çünkü Fuller, prosedürel (biçimsel) nitelikli bir doğal hukuk anlayışına sahip-

<sup>28</sup> Hayek, F. A. (1990) *The Constitution of Liberty*, London, Routledge, s. 206.

<sup>29</sup> Raz, s. 211.

<sup>30</sup> Marmor, s. 666 vd.

<sup>31</sup> Lyons, David (1984) *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, s. 94.

<sup>32</sup> Lyons, s. 200.

<sup>33</sup> Lyons, s. 200 vd.

<sup>34</sup> Raz, s. 222.

<sup>35</sup> Marmor, “*hukuk devleti hakkındaki bir teorisinin hukukun niteliği hakkındaki bir teoriyle metodolojik ilişki içerisinde olduğunu*” (Marmor, s. 667) tespit ettikten sonra, buna karşı gelenler olduğunu ve bu karşı gelmelerin de bir dereceye kadar doğru olduğunu söyler. (Marmor, s. 667). Marmor’a göre hukuk devletini anlayabilmek için ihtiyacımız olan şey, herhangi bir yönetim biçiminin hukuk devleti (legal) olabilmesi için zorunlu birtakım özellikleri taşımasının gerekli olduğu düşüncesidir. (Marmor, s. 668.)

tir; hukuku içeriği ile tanımlamaz<sup>36</sup>. Fuller'ın pozitivistlerle arasındaki fark, ayrılabilirlik tezini reddederek hukuk devletinin nitelikleriyle hukuk kavramı arasında zorunlu ilişki kurmuş olmasıdır<sup>37</sup>.

## II- HUKUK DEVLETİ İDEALİNİ BESLEYEN İLKELERİN NİTELİĞİ

İster biçimsel anlamda olsun, ister maddi anlamda olsun hukuk devletini besleyen ilkeler/kurallar, “ilk düzen ilkeleri” değil, “ikinci düzen ilkeleri”dir<sup>38</sup>. Hart bu tür ilkeleri, “ikincil kurallar” (secondary rules) sınıflandırmasına dâhil eder<sup>39</sup>. Bunun anlamı, ikincil düzene ait bu ilkelerin/kuralların, davranışlarımızı doğrudan düzenleyen ilk düzen ilkeleriyle/kurallarıyla ilgili olmalarıdır<sup>40</sup>. Yani ikincil kurallar davranışlarımızı doğrudan düzenlemez; bu kurallar, özel kişilere de yetki verse de çoğunlukla yasama organı ve yargı gibi iktidarı kullanan resmi yetkililere hitap eder<sup>41</sup>. İkinci düzen kuralları/ilkelere, çoğunlukla resmi yetkililerin, ilk düzen kurallarını (primary rules) hangi içerikte yapacakları, onları nasıl değiştirecekleri ve bu ilk düzen kurallarının ihlali halinde yargılamanın nasıl yapılması gerektiğini düzenleyen kurallardır<sup>42</sup>. Hart bu ikinci düzen ilkelerini, ikincil kurallar olarak üç gruba ayırır. Birinci grubu, tanıma kuralları (rules of recognition) oluşturur. Tanıma kuralı, birincil kuralların hangi ölçütlere göre yapılması gerektiğine ilişkin geçerlilik şartlarını belirler<sup>43</sup>. Maddi anlamda hukuk devleti bakımından tanıma kuralı, ilk düzen niteliğindeki (birincil kurallar niteliğindeki) hukuk kurallarının hangi içerikte yapılması gerektiğini belirler. Örneğin cinsiyet ayırımına ilişkin yasa yapılmaz niteliğindeki bir anayasa hükmü ilk düzen ilkesi/kuralı (ikincil kural) olarak yasa koyucuya hitap eder. İkinci grubu, değiştirme kuralları (rules of change) oluşturur. Yasaların kim tarafından nasıl değiştirileceğine ilişkin

<sup>36</sup> Bkz. Fuller, Lon L. (1969) *The Morality of Law*, Revised Edition, Yale University Press s. 96 vd; Aktaş, Sururi (2011) *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, 1. Baskı, Ankara, XII Levha Yayını, s. 10- 11

<sup>37</sup> Bkz. Raz, s. 224, Aktaş (2011), s. 73 vd.

<sup>38</sup> Summers, Robert S. (1999) “Principles of the Rule of Law,” *Notre Dame L. Rev.* Vol. 74, Issue 5, s. 1692 vd.

<sup>39</sup> Hart, H.L.A. (1994) *The Concept of Law*, Second Edition, with a postscript by Bulloch, Penelope A. / Raz, Joseph (Editors), Oxford, Clarendon Press s. 98; Bayles, Michael D. (1992) *Hart's Legal Philosophy*, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, s. 58.

<sup>40</sup> Hart, s. 94.

<sup>41</sup> Hart, s. 41-42.

<sup>42</sup> Bkz. Summers (1999), s. 1692 vd; Işıktaç, Yasemin (2006) *Hukuk Felsefesi*, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 352.

<sup>43</sup> Bkz. Hart, s. 100 vd.; Şahin Ceylan, Şule (2014) *H.L.A Hart'ın Hukuk Kavramı*, 1. Baskı İstanbul, XII Levha Yayını, s. 117.

düzenlemeler getiren değiştirme kuralları<sup>44</sup> da iktidarı kullanan siyasi iradeye veya yine yasa koyucuya hitap eder. Üçüncü grubu oluşturan muhakeme/yargılama kuralları da (rules of adjudication), yargılamanın hangi mahkeme tarafından ve nasıl yapılacağına ilişkin düzenlemeler getirir<sup>45</sup>. Bu kurallar da yine hukuku uygulayan resmi yetkililere/mahkemelere hitap eder.

Görüldüęü gibi hukuk devleti idealini besleyen kurallar, “sözleşmedeki borcunu yerine getirmelisin”, “yalan yere şahitlik yapmamalısın”, gibi ilk düzen kurallarıyla (birincil kurallarla) alakalı değildir. İlk düzen kuralları doğrudan davranışlarımızın nasıl olması gerektiğiyle ilgili kurallar oldukları halde, hukuk devletini besleyen ikinci düzen ilkeleri/ikincil kurallar çoğunlukla iktidarı kullanan resmi yetkililere yöneliktir. Hart’ın tespitine göre birincil kurallar ilkel toplumlar dahil her toplumda bulunmalarına karşın, bu ikincil kurallar daha sonra ortaya çıkmıştır<sup>46</sup>. İlkel toplumlarda ikincil kurallar ya çok zayıftır, ya da yoktur. Bundan dolayı ilkel toplumlarda hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği yoktur veya çok azdır. Hart ačiusından, tekerleğin icadı medeniyetimiz için ne kadar önemliyse, ikincil kurallar da o kadar önemlidir<sup>47</sup>.

Hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik hukuk devleti için kaçınılmaz niteliktedir<sup>48</sup>. Hukuki belirliliği sağlayan kurallar ikincil kurallar arasındadır. Yasaların içeriğinin nasıl olması gerektiğine ilişkin tanıma kuralı da yine resmi yetkililere/yasa koyucuya hitap ettiği için maddi anlamda hukuk devletini sağlamaya dönüktür. Dolayısıyla gerek biçimsel anlamda hukuk devleti olsun gerekse maddi anlamda hukuk devleti olsun, hukuk devleti idealini besleyen kurallar Hart’ın ikincil kural dediği türdendir. Bu kurallar yasa yapımı ve keyfiliği ortadan kaldıracığı veya en azından azaltacağı için elzemdir. İkinci düzey kuralları (ikincil kuralları) zayıf olan hukuk sistemleri hukuk devleti ideali için güven vermeyen sistemlerdir.

İkincil kuralların olmadığı bir siyasi toplumda, birincil kurallar aralarında tutarlı ve mantıksal bir bütünlük oluşturamaz. İkincil kurallar yoksa, birincil kurallar birbiriyle tutarsız bir kurallar yığını niteliğini alabilir. Aynı

<sup>44</sup> Hart, s. 95 vd.

<sup>45</sup> Hart, s. 96-97.

<sup>46</sup> Bkz. Şahin Ceylan, s. 111.

<sup>47</sup> Hart, s. 42.

<sup>48</sup> Köküarı, İsmail (2005) Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Birinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, s. 21 vd.

tanıma kuralına göre yapılan birincil kurallar arasında bir ahenk bulunur. Dolayısıyla ikincil kurallar yoluyla, birincil kurallar kendi aralarında tutarlı bir sistem oluşturur<sup>49</sup>. Kuralların bir sistem halinde yan yana bulunması hukuk güvenliği ve dolayısıyla hukuk devleti kavramı için gerekli bir koşuldur.

### III-BİÇİMSEL/PROSEDÜREL ANLAMDA HUKUK DEVLETİ

Biçimsel ya da prosedürel anlamda hukuk devleti teorisi, hukuk devletin varlığı için hukuk kurallarının içeriklerine dönük ahlaki bir sorgulamaya girmeksizin, ya kuralların taşınması gereken bazı nitelikleri ya da yasama, yürütme ve yargı erklerinin (mahkemelerin) izlemesi gereken bazı prosedürleri koşul olarak ileri sürer. Örneğin yargılamaların önceden belirlenen usul kurallarına göre yapılması gereği bir prosedürken, kanunların genel olması gereği biçimsel bir niteliktir. İhtilafların önceden belirlenen mahkemelerde görülmesi ya da mahkemelerin önceden belirlenen prosedürleri (usulleri) takip etmesi gereği, hukuk devleti anlayışının yargıya dönük prosedürel ilkelerindedir. Yürütme organının düzenleyici işlem yaparken “genellik” ilkesine uyması ya da kazanılmış haklara saygı göstermesi<sup>50</sup> de yürütme organına dönük hukuk devleti ilkelerindedir. Görüldüğü gibi biçimsel/prosedürel anlamda hukuk devleti anlayışı, egemenliği kullanan üç erke (kuvvete) dönük biçimsel ya da prosedürel ilkeler öngörerek iktidarı sınırlamayı amaçlar.

Hukuk devleti kavramı yerine kullanabileceğimiz Amerikan hukukundaki *due process* kavramı da Prosedürel anlamda *due process* ve maddi anlamda *due process* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>51</sup>. Prosedürel *due process* izlenmesi gereken bazı usul kurallarına işaret ederken<sup>52</sup>, maddi anlamda *due process* ise kararların içeriği ile ilgili bir ilkedir<sup>53</sup>. Biçimsel anlamda *due process*, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması sırasında gerekli prosedür ve usullerin izlenip izlenmediğini sorgularken, maddi anlamda *due process*, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya ortadan kaldırılma-

<sup>49</sup> Şahin Ceylan, s. 114.

<sup>50</sup> Bkz. Oğurlu, Yücel (2003) *Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Birinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayını, s. 35 vd ve 39 vd.

<sup>51</sup> Altıparmak, Kerem (1996) “Due Process Of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 45, sayı 1, s. 219-220; Scanlon, T.M. (1977) “Due Process”, *Due Process Nomos XVIII*, Pennock, J. Ronald and Chapman, John W (Editors), New York University Press, s. 104 vd.

<sup>52</sup> McGarry, James W. (1992) “Due Process”, *Rutgers Law Journal*, Vol. 23, s. 846 vd; Grossi, Simona (2017) “Procedural Due Process”, *Seton Hall Circuit Review*, Vol. 13, Issue 2, s. 155-202; Altıparmak, s. 219.

<sup>53</sup> McGarry, s. 839; Altıparmak, s. 219.

sında yeterli bir nedenin olup olmadığını sorgular<sup>54</sup>. Dolayısıyla maddi anlamda *due process*'in gereği olarak yasama organı dahi kanun yaparken, yeterli bir haklılaştırma nedeni olmadan hakları ortadan kaldıramaz<sup>55</sup>.

Tamanaha, biçimsel yaklaşımları, “kurallarla yönetilmek” (rule by law), “biçimsel yasallık” (formal legality) ve “demokrasi ve yasallık” olmak üzere üç bölüme ayırmaktadır<sup>56</sup>.

Biçimsel anlamda hukuk devletinin birinci basamağında kurallarla yönetilmek gelmektedir. Kuralların taşınması gereken nitelikleri gözetmeksizin, sadece kurallarla yönetilmek biçimsel anlamda hukuk devletinin en basit ve en zayıf türüdür<sup>57</sup>. Belki bu özellik, Fuller tarafından hukuk devleti için önerilen ilkelerden sadece “kuralların genel olması”<sup>58</sup> tanımlamasına denk düşmektedir. Çünkü Fuller, “kuralların genel olması”yla, kuralların çok sayıda kişiyi kapsaması şeklindeki genelliği kastetmiyordu. Fuller’ın genellikten kastı, kişisel kararlarla (decisions) değil, basitçe kurallarla yönetilmektir<sup>59</sup>. Aşağıda göreceğimiz gibi Fuller, hukuk devleti için başka nitelikler de öngörmektedir.

Hukuk devletinin bu türü, kişilerin kararlarına ve gelip geçici heveslerine göre değil, kurallarla idare edilmeyi buyurmaktadır. Kişilerin yönetimi değil, kuralların yönetimi<sup>60</sup> dediğimiz ilke buna denk düşmektedir. Sellers de basit bir yasacılık (legalism) olan hukuk devletinin bu türünü, kendi iradesini pozitif hukuk yoluyla diğerlerine dayatan bir sistem olarak gördüğü *rechtsstaat*’la ilişkilendirmektedir<sup>61</sup>. Tamanaha da hukuk devletinin bu zayıf türünü, kısmen *rechtss-*

<sup>54</sup> **Chemerinsky, Erwin** (1999) “Substantive Due Process”, *Touro Law Review*, Vol 15, Issue 4, s. 1501.

<sup>55</sup> **Riggs, Robert E.** (1990) “Substantive Due Process in 1791”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 1990, Issue 4, s. 942; Örneğin Florida Yüksek Mahkemesi, *Lite v. State* davasında denetim altında olan maddeleri satan veya nakleden bir kişinin sürücü ehliyetinin geri alınmasına ilişkin bir yasayı Florida Anayasası’nın *due process* ilkesine aykırı bulmamıştır. (Bkz. **Carolla, Amelia** (1994) “Due Process”, *Rutgers Law Review*, Vol. 25, s. 1093.

<sup>56</sup> **Tamanaha**, s. 91.

<sup>57</sup> **Tamanaha**, s. 92.

<sup>58</sup> **Fuller** (1969), s. 46.

<sup>59</sup> **Fuller** (1969), s. 47; bkz. **Aktaş** (2011), s. 18.

<sup>60</sup> Kuralların önemi bakımından bkz. **Gözler, Kemal** (2018) *Hukuka Giriş*, 15 Baskı, Bursa, Ekin Yayını, s. 21 vd.

<sup>61</sup> **Sellers, Mortimer N.S.** (2014) “What is the Rule of Law and Why is It So Important?”, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and The legal State (Rechtsstaat)*, Vol. 38, Silkenat, James R./ Hickey, James H./ . Barenboim, Peter D, (Editors), Springer International Publishing, s. 4; Sellers’a göre *Latince imperium Legum*’dan gelen *rule of law*, hukuk sisteminin işleyişinde kişisel kararların etkisini azaltan bir düşünceyi içermektedir. (Sellers, s. 4); Özcan ise, haklar bakımından meseleye bakarak, *rule of law*’un hakların kaynağı bakımından yasa koyucuyu ikincileştirdiğini, *rechtsstaat*’ın ise hakların kaynağı olarak yasa koyucuyu üstün gördüğünü söylemektedir. (Özcan, s. 233). Rosenfeld’e göre ise, Kant’ın felsefesinden kaynaklanan *rechtsstaat* anlayışı XIX. Yüzyılda pozitivist bir hale bürünmüştür. (Rosenfeld, Michel) (2001) “The Rule Of Law And the Legitimacy Of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review*, Vol. 74, Issue 5, s. 1319



taat'a benzetmektedir<sup>62</sup>. Yazarın analizine göre "XIX. yüzyılın ortalarından XX. Yüzyılın yarısına kadar rechtsstaat daha çok kurullarla yönetilmek" şeklinde anlaşıldığından hukuk yoluyla birçok vahşet ortaya çıkmıştır<sup>63</sup>. Chevallier'in analizine göre, XIX. yüzyılın ilk yarısında doğal haklarla sınırlı devleti ifade eden *rechtsstaat*<sup>64</sup>, Friedrich Julius Stahl'ın (1802-1861) *Die Philishophie* (1856) adlı eserinden sonra biçimsel hukuk devletini ifade etmek için kullanıldı ve Friedrich Geber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) ve Georg Jellinek'ten (1851-1911) sonra bu kavramın biçimci karakteri giderek yerleşmiş oldu<sup>65</sup>. Pfordten'e göre ise *rechtsstaat*, günümüzde *rule of law* gibi daha güçlü (thick) olarak tanımlanmaktadır<sup>66</sup>.

Biçimsel de olsa kurallar için herhangi bir nitelik aramayan ve yalnızca "kurullarla yönetilmek" anlayışına dayanan hukuk devleti, kişisel amaçlar için veya kötü amaçlar için kolayca kullanılabilir. Bundan dolayı Radbruch makalesine başlık olarak, "yasal haksızlık ve yasa üstü hukuk" tanımlamasını uygun görmüştür<sup>67</sup>. Radbruch'a göre, "yasa, yasadır" formülü, hukukçuları (Almanya'da) yasalar ve keyfi güç karşısında çaresiz bırakmıştı<sup>68</sup>.

Biçimsel anlamda hukuk devletinin ikinci basamağında, belirli biçimsel birtakım niteliklere sahip kurullarla yönetilen devlet<sup>69</sup> veya yönetim ve yargılama-ya ilişkin belirli prosedürleri izleyen devlet anlayışı gelir. Yasaların belirli biçimsel özelliklere sahip olması, "iyi yasa yapıcılığı"nın bir gereği olarak da tanımlanmaktadır<sup>70</sup>. Bu anlayışta olanlar, hukuk devleti kavramı için, hukuk kurallarının sahip olması gereken birtakım biçimsel şartlar öne sürerek, hukuk kurallarının içeriğini sorunsallaştırmaz. Lon L. Fuller<sup>71</sup>, A.V. Dicey<sup>72</sup> ve Joseph Raz<sup>73</sup> bu grupta yer alan en önemli yazarlardan sayılırlar. F. A. Hayek de hukuk devleti için birtakım biçimsel koşulları yeterli görse de<sup>74</sup>, kurallarının gelişimi bakımından adil

<sup>62</sup> **Tamanaha**, s. 92.

<sup>63</sup> **Tamanaha**, s. 108.

<sup>64</sup> **Chevallier, Jacques** (2010) *Hukuk Devleti*, (Çev. Gürçan, Ertuğrul Cenk), Ankara, İmaj Yayınevi, s.9.

<sup>65</sup> **Chevallier**, s. 10; Ayrıca bkz. **Ökçesiz** (1998a), s. 21 vd.

<sup>66</sup> **Von Der Pfordten, Dietmar** (2014) "On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat", *The Legal Doctrines of the Rule of Law and The Legal State (Rechtsstaat)*, Vol. 38, Silkenat, James R./ Hickey, James H./ . Barenboim, Peter D, (Editors), Springer International Publishings, s. 24.

<sup>67</sup> **Radbruch, Gustav**, (2006) "Statutory Lawlessness and Supra- Statutory Law", (Translator: Paulson, Bonnie L. and Paulson, Stanley L.), *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, s. 1-11.

<sup>68</sup> **Radbruch** (2006), s. 6.

<sup>69</sup> **Tamanaha**, s. 91 vd.

<sup>70</sup> **Köküsarı**, s. 202 ve dipnot. 702.

<sup>71</sup> Hukuk devletinin ilkeleri olarak niteleyebileceğimiz ilkeler için bkz. **Fuller** (1969), s. 46-70; **Aktaş** (2011), s.72. vd.

<sup>72</sup> **Dicey, A. V.** (1979) *Introduction to the Study of Law of the Constitution*, Reprinted of (original) Tenth Edition, London, The Macmillan Press, s. 202-203.

<sup>73</sup> **Raz**, s. 210 vd.

<sup>74</sup> Bkz. **Hayek, F. A.** (2006) *The Road to Serfdom*, London and New York, Routledge Classics, Published by Routledge, s. 75 vd; Bkz. **Tamanaha**, s. 93.vd; **Aktaş, Sururi** (2018) *Hayek'in Hukuk Adalet Teorisi*, 2. Baskı, Ankara, Liberte Yayını s. 166.

davranış kurallarını yüceltmesi ve liberal değerleri adil hukuk için öncelmesi dikkate alınır, onun için farklı değerlendirme yapılabilir. Ancak biçimsel hukuk devleti kategorisi de kendi içerisinde çeşitli/farklı yaklaşımları barındırmaktadır.

Hukuk devleti ideali bakımından daha çok prosedürler üzerinde yoğunlaşan A.V. Dicey, anayasa hukukunun temel ilkelerinden biri olan hukuk devletinin üç anlamının olduğunu söyler<sup>75</sup>.

Birincisi, “*yönetimin keyfiliğini, ayrıcalıklara sahip olmasını ve geniş takdir yetkisini engelleyen genel/olağan (regular) hukukun mutlak hâkimiyeti (üstünlüğü)*”<sup>76</sup>, şeklindedir.

İkincisi, “*yetkililerin ve diğer kimselerin hukuka itaat etmelerine ve olağan mahkemelerde yargılanmalarına muafiyet getirmeyi engelleyecek olan ‘yasa önünde eşitlik veya olağan mahkemeler tarafından uygulanan, ülkenin olağan hukukuna tüm sınıfların eşit olarak tabi olması*”<sup>77</sup>, şeklindedir.

Üçüncüsü, “*.....yabancı ülkelerde bir anayasa kodu’nu oluşturan anayasa hukuku(kuralları), bizde (common law sisteminde)mahkemeler tarafından tanımlanıp uygulanan hakların kaynağı değil, hakların bir sonucu olduğu*”<sup>78</sup> ilkesidir.

Dicey, ikinci ilke ile idarenin ve idari görevlilerinin, vatandaşların tabi olduğu hukuktan başka bir hukuka ve başka bir yargı düzenine tabi olmalarının önüne geçmek istemektedir. Dicey, Fransa’da olduğu gibi vatandaşların tabi olduğu genel hukuktan ayrı olarak ayrı bir idare hukuku ve idari yargı düzeninin varlığını hukuk devletine aykırı bulduğu gibi, böyle bir düzeni İngiliz hukuk geleneği ile de bağdaştırmaz<sup>79</sup>. Ancak Dicey’in bu yaklaşımı mutlak anlamda doğru görünmüyor. Çünkü herkesin tabi olduğu genel hukukun yanında ayrı bir idare hukukunun bulunması ve idari yargının ayrı bir yargı kolu olarak düzenlenmesi bir gelenek meselesidir<sup>80</sup>. İdari yargıyı ayrı bir yargı kolu olarak düzenleyen Kıta Avrupası ülkelerinin bu özelliklerinden dolayı hukuk devleti olamayacaklarını baştan söylemek doğru görünmüyor. Ancak, idarenin işleyişi ve sorumluluğunun temel adalet ilkeleriyle veya evrensel hukukla çelişecek şekilde düzenlenmesi hukuk devletiyle bağdaşmaz. Burada yapılması gereken idarenin etkililiği ile temel adalet ilkeleri arasında bir denge kurmak-

<sup>75</sup> Dicey, s. 202-203; bkz. **Principe, Michael L.** (2000) “Albert Venn Dicey and the Principles of the Rule of Law: Is Justice Blind? A Comparative Analysis of the United States and Great Britain”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 22:357, s. 359 vd; **Craig**, s. 470-474; **Tamanaha**, s. 63.

<sup>76</sup> **Dicey**, s. 202; **Craig**, s.470; **Rose**, s. 458; **Tamanaha**, s. 63; **Principe**, s. 359.

<sup>77</sup> **Dicey**, s. 202-203; bkz. **Craig**, s. 472; **Rose**, 458; **Tamanaha**, s. 64; **Principe**, s. 359.

<sup>78</sup> **Dicey**, s. 203; **Craig**, s. 473, **Rose**, s. 458. **Tamanaha**, s. 64; **Principe**, s. 359.

<sup>79</sup> **Dicey**, s. 202-203.

<sup>80</sup> Bkz. **Çağlayan, Ramazan**, (2018), İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayını, s. 39 vd.

tır. Daha etkili bir idari işleyiş için temel adalet ilkelerini zedelemek hukuk devletiyle bağdaşmaz.

Dicey'in hukuk devleti için öngördüğü ilkelerden ilk ikisinin biçimsel nitelikte olduğu görünmekle birlikte, üçüncü ilkenin biçimsel mi, yoksa maddi mi olduğu konusu tartışmaya açıktır. Bu ilkelerden üçüncü ilke, Dicey'in İngiltere için yaptığı bir tespittir. Dicey, bu ilkeyle, bireysel hakların kendi geleneklerinde, mahkeme kararlarıyla ortaya çıktığını belirtmektedir. Craig'ın da haklı olarak sorguladığı gibi, acaba bu ilkedeki hakların devlet iradesinden değil de, içtihatlarla ortaya çıktığı ve dolayısıyla bir sistemin hukuk devleti olabilmesi için bu haklara sahip olması gerektiğini savunmamıza yol açacak maddi anlamda hukuk devleti anlayışını çıkarabilir miyiz<sup>81</sup>? Craig, böyle bir sonuç yerine, hakların *common law* sisteminde daha iyi korunabildiği sonucunu çıkararak, bu ilkenin de maddi değil, yine biçimsel bir ilke olduğunu savunmaktadır<sup>82</sup>. Palombella ise, *common law* sisteminde, *emsal kararlar, örf-adet hukuku, gelenekler ve hakların* hukuk devleti için önemli olduğuna işaret olarak Dicey'in bu üçüncü ilkesini göstermektedir<sup>83</sup>. Bundan dolayı *common law* sisteminde hukuk devletini kurumsal bir ideal olarak gören yazar<sup>84</sup>, bu sistemde hukuk devleti olarak ifade edilen *rule of law*'u, boş bir yasallık olarak nitelendirdiği *rechtsstaat*'tan ayrı görmektedir<sup>85</sup>. Ancak anlaşıldığı kadarıyla yazarın sözünü ettiği *rechtsstaat*, II. dünya savaşı öncesine denk düşen *rechtstaat*'tır<sup>86</sup>. Dicey'in üçüncü ilkesi daha çok içeriksel ya da maddi bir ilke gibi durmaktadır. Çünkü, hakların kaynağı mahkeme içtihatları gösterilirken, bunlara, egemenin iradesi karşısında korunmuş bir alan sağlanmaktadır.

Biçimsel anlamda hukuk devleti ilkelerinin tipik bir görünümü Fuller'ın hukuk teorisinde görülür. Prosedürel nitelikte bir doğal hukuk teorisi geliştiren Fuller, hukukun içsel ahlakı (inner morality of law) diye nitelendirdiği yasallığın (legality) sekiz ilkesi olarak hukuk kurallarının sahip olması gereken ilkeleri; (1) *genel nitelikte olma*, (2) *ilan edilme (yayımlanma)*, (3) *geriye yürümezlik (ileriye doğru yürürlük kazanma)*, (4) *açıklık (belirlilik)*, (5) *çelişmez-*

<sup>81</sup> Craig, s. 473.

<sup>82</sup> Craig, s. 473.

<sup>83</sup> Palombella, Gianluigi, (2010) "The Rule of Law as a Institutional Ideal", *Rule of Law and Democracy: Inquiries into Internal and external Issues*, Morlino, Leonardo and Palombella, Gianluigi (Editors), Sciuilli, David (Series Editor) Volume 115, Leiden-Boston, Brill, s. 15.

<sup>84</sup> Palombella, s. 3.

<sup>85</sup> Palombella, s. 16.

<sup>86</sup> Bkz. Palombella, s. 16.

lik, (6) imkânsız olan yükümlülük getirmeme, (7) süreklilik (istikrar) ve (8) kurallarla, bu kuralların uygulanmalarının örtüşmesi “biçiminde saymıştır.<sup>87</sup>

Fuller bir hukuk devleti ideali oluşturma yerine, yukarıdaki ilkeleri prosedürel doğal hukukun ilkeleri olarak saymış ve hukukun içsel ahlakı olarak bu ilkeleri hukuk kavramıyla zorunlu olarak ilişkilendirmiştir<sup>88</sup>. Fuller açısından bu ilkelerin bir tanesi konusunda tam bir başarısızlık, ilgili hukuk sisteminin geçersizliğini gündeme getirecektir<sup>89</sup>. Raz, Fuller’in, ahlak (sekiz ilkenin oluşturduğu içsel ahlak) ile hukuk arasında zorunlu bir ilişki kurmasını eleştirmiştir<sup>90</sup>. Raz açısından bu ilkelerin yerine getirilmemesi, hukuk devletinin olmadığı anlamına gelse bile, ilgili hukuk kuralının geçersizliği sonucunu doğurmaz<sup>91</sup>. Bu da doğal hukukçu olan Fuller’la pozitivist olan Raz arasındaki en büyük farkı oluşturmaktadır.

Fuller’in hukukun içsel ahlakı olarak tanımladığı sekiz ilke arasında kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve yargısal denetim gibi unsurlar olmadığı için biçimsel anlamda hukuk devleti ideali bakımından eksik sayılabilir. Ancak Fuller’in teorisinin hukuk devleti bakımından asıl eksikliği, hukuk kurallarının içeriği konusunda ahlaki bir denetim getirmekten kaçınmış olmasıdır. Daha açıkça ifade edilirse, Fuller’in içsel ahlakı, maddi anlamda hukuk devletinin gereklerini doğrudan kapsamamaktadır. Ancak Fuller’in da belirttiği gibi bu sekiz ilkeye uyulmuş olması halinde dahi, hukuk kurallarının içeriğine dönük haksızlık ve adaletsizlik ihtimali azalacaktır<sup>92</sup>. Başka bir ifadeyle Fuller’in sekiz biçimsel ilkesi hukukun içeriğine dönük doğrudan olmasa da doaylı olarak bir denetleyici işlev görecektir.

Biçimsel anlamda bir hukuk devleti idealini ortaya koymaya çalışan Raz, tüketici olmayacak bir şekilde bazı ilkeleri şöyle sıralar<sup>93</sup>:

<sup>87</sup> Bkz. Fuller (1969), s. 46-91; Aktaş (2011), s. 16; Kramer, Matthew H. (2007) Objectivity and the Rule of Law, Cambridge University Press, s. 104 vd.

<sup>88</sup> Sevel, Michael (2009), “Legal Positivism and Rule of Law”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 34, s. 54; Aktaş (2011), s. 57 vd; Raz, s. 224.

<sup>89</sup> Fuller (1969), s. 39; Sevel, s. 55.

<sup>90</sup> Raz, s. 224; Sevel, s. 55.

<sup>91</sup> Bkz. Raz, s. 224-225.

<sup>92</sup> Fuller, Lon L. (1958) “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, s. 636; Kramer, Matthew H. (1999) In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings, Oxford University Press, s. 41 vd.; Aktaş (2011), s. 52-53.

<sup>93</sup> Raz, s. 214-218.

“(1) Bütün yasalar ileriye doğru yürürlü, açık ve belirli olmalıdır. (2) Yasalar görelî olarak istikrarlı olmalıdır. (3) Özgül yasaların (özügül hukuksal emirlerin) yapılmısı usulü, açık, istikrarlı, belirli ve genel kurallara bağlanmalıdır. (4) Yargının bağımsızlığı garanti edilmelidir. (5) Doğal adalet ilkeleri takip edilmelidir. (6) Mahkemelerin, hukuk devleti ilkelerinin yerine getirilmesi konusu üzerinde denetleyici yetkilere sahip olmaları gerekir. (7) Mahkemelere (adalete) ulaşım kolay olmalıdır. (8) Suçları önleyici birimlerin takdir yetkisi, hukuku bozacak şekilde düzenlenmemelidir”<sup>94</sup>.

Summers da görece (relatively) biçimsel bir hukuk devleti ideali geliştirmeye çalışmaktadır. Yazarın geliştirdiği görece biçimsel hukuk devleti ideali, kavramsal, kurumsal ve aksiyolojik ögelerden oluşur. Ancak yazar, kavramsal ögeyi diğerleri içerisinde eriterek, görece biçimsel hukuk devletinin bileşenleri olarak kurumsal ve aksiyolojik ögeler üzerinde durur<sup>95</sup>. Summers açısından hukuk devletinin kurumsal (kavramsal) bileşeni, bireylerarası ve bireylerle devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen ilan edilmiş kuralların varlığı, bu kuralların bazı özelliklere sahip olması ve diğer bazı kurumsal gerekleri kapsar<sup>96</sup>. Bu kuralların hangi özelliklere sahip olması gerektiğini açıklarken Fuller’a atıf yapar. Yani Fuller’ın kurallarda aradığı özellikleri Summers da arar<sup>97</sup>. Summers, diğer bazı kurumsal şartlar olarak, *kuralların görevliler ve diğerleri tarafından ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar ve yasal çarelerin öngörülmesi, kuralların geçerliliği, yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili ihtilafların çıkması halinde, bu ihtilafların çözümünde gerekli usullerin (prosedürlerin) öngörülmesi*<sup>98</sup>, yargıçların göreve kabul edilmesiyle ilgili prosedürlerin belirlenmesi ve vatandaşları mahkemeler önünde savunacak bağımsız bir hukuk mesleğinin hukuken tanımlanması gereğinden söz eder<sup>99</sup>.

Summers, görece biçimsel hukuk devletinin aksiyolojik içeriği olarak, yukarıda saydığımız kurumsal ögelerin hizmet etmesi gereken bireysel otonomi, insan onuru ve eşit hukuki muamele gibi on bir madde halinde örnekseyici bir biçimde saydığı değerlerden (ilkelerden) söz etmektedir<sup>100</sup>. Bu değer-

<sup>94</sup> Raz, s. 214-218.

<sup>95</sup> Summers, Robert S. (1993) “Formal Theory of the Rule of Law”, *Ratio Juris*, Vol. 6, No. 2, s. 129 vd.

<sup>96</sup> Summers (1993), s. 129-130.

<sup>97</sup> Summers (1993), s. 129.

<sup>98</sup> Summers (1993), s. 130.

<sup>99</sup> Summers (1993), s. 130.

<sup>100</sup> Summers (1993), s. 131.

leri de örnekseyici olarak saydığını da dikkate alırsak, Summers'ın hukuk devleti, "görece biçimsel hukuk devleti" kavramını fazlasıyla hak eden ve maddi anlamda hukuk devleti idealine doğru kayan bir nitelik taşıdığını söyleyebiliriz.

Waldron, maddi anlamda hukuk devleti kavramına karşı olmamakla birlikte<sup>101</sup>, hukuk devletinin biçimsel ve prosedür ilkeleriyle yetinir<sup>102</sup>. Çünkü Waldron açısından biçimsel ve prosedürel hukuk devleti ilkeleri, maddi anlamda hukuk devletiyle örtüşmektedir<sup>103</sup>. Yani Waldron, hukuk devletinin biçimsel ve prosedürel ilkelerinin yerine getirilmesi halinde, aslında maddi ilkelerin de gerçekleşeceğine inanır. Ancak Waldron, hukuk devleti için yasaların sadece bazı özelliklere sahip olması gerektiğini savunarak prosedürel ilkeleri ihmal ettiklerini söylediği Hayek ve Fuller gibi yazarların görüşlerini hukuk devleti için yeterli görmez<sup>104</sup>. Waldron hukuk devletinin biçimsel ilkeleri olarak Fuller'in sekiz ilkesini sayarken, adil yargılanma kuralları olarak niteleyebileceğimiz on adet de prosedürel ilke üzerinde durur. Bunlar:

(1) *Delillere dayanan tarafsız bir mahkemede yargılanma*, (2) *hukuk eğitimi almış bağımsızlığı olan yargıçların oluşturduğu mahkemelerde yargılanma*, (3) *avukat tarafından temsil edilme ve davaya hazırlanma zaman ve fırsatına sahip olma hakkı*, (4) *yargılamanın önemli aşamalarında duruşmada hazır bulunma hakkı*, (5) *tanıklarla yüzleşme hakkı*, (6) *uygun denetimlerden geçerek elde edilmiş (hukuka uygun) delillere dayanılarak yargılanmanın garanti edilmesini isteme hakkı*, (7) *kişinin kendi lehine delil sunma hakkı*, (8) *delillerin ve davaya ilişkin hukuk normlarının etkililiğine karşı hukuki gerekçe sunma hakkı*, (9) *mahkemelerin verdiği kararın gerekçesini öğrenme hakkı*, (10) *üst mahkemeye başvurma hakkı*" şeklinde özetleyebiliriz<sup>105</sup>.

Fuller'in sekiz ilkesiyle birlikte Waldron'ın bu prosedürel ilkeleri biçimsel anlamda görece daha güçlü bir hukuk devleti kavramını ortaya çıkaracak nitelikte görünmektedir. Waldron'ın prosedürel ilkeler üzerinde ısrar etmesi çok yerinde bir yaklaşım olmuştur. Çünkü hukuk devleti için yasaların sahip olması gereken özellikler yanında, onların uygulanması da önemli bir gerekli-

<sup>101</sup> **Waldron, Jeremy** (2011) "The Rule of Law and Importance of Procedure", *NOMOS* Vol. 50, *Getting to the Rule of Law*, Published by American Society for Political and Legal Philosophy, s. 4.

<sup>102</sup> **Waldron** (2011), s. 5-6.

<sup>103</sup> **Waldron** (2011), s. 4-5.

<sup>104</sup> **Waldron** (2011), s. 7 vd.

<sup>105</sup> **Waldron** (2011), s. 6.

liktir. Yargının tarafsızlığı, bağımsızlığı ve diğer adil yargılanma prosedürleri, hukuk devleti kavramının oluşturulmasında ihmal edilemez. Sadece ceza yargılanmasıyla ilgili değil, diğer yargılama alanlarında da, üzerinde ittifak bulunan yargılama ilke ve prosedürleri hukuk devletinin vazgeçilmez içeriğini oluşturur. Üzerlerinde ittifak bulunan kabul edilmiş yargılama prosedürleri tatbik edilmiyorsa, hukuk kurallarının biçimsel ve maddi özellikleri ne olursa olsun hukuk devletini sağlamada yetersiz kalır.

Liberal değerlerin gerçekleşmesine olanak tanıyan Hayek'in hukuk devleti anlayışı da genelde biçimsel nitelikli hukuk devleti anlayışları içerisinde görülür<sup>106</sup>. Hayek'in *the Road to Serfdom* (ilk baskısı, 1944) adlı eserinde *Planlama ve Hukuk devleti* adlı bölümde biçimsel nitelikli hukuk devleti kavramı için klasik sayılabilecek ifadeler yer alır. Hayek'e göre özgür bir ülkeyi keyfi bir yönetimden ayıran en önemli özellik, özgür bir ülkede hukuk devletini oluşturan ilkelere riayet edilmesidir<sup>107</sup>. Burada yer alan ifadeler açısından Hayek'in hukuk devleti tanımı ise, "yönetimin (devletin) bütün eylemlerinde önceden ilan edilen sabit kurullarla bağlı olmasıdır"<sup>108</sup>. Düşünür açısından "bu kurullar, otoritenin zorlayıcı gücünü belirli bir durumda nasıl kullanacağını önceden açık bir kesinlikte tahmin edebilmeyi ve bireylerin bu bilgiye dayanarak kendi işlerini planlayabilmelerini olanaklı kılar"<sup>109</sup>.

Hayek, *The Constitution of Liberty* (ilk baskısı 1960) adlı eserinde hukuk devleti idealini biraz daha ayrıntılandırarak söz konusu idealin gerekleri olarak, "(a) yasaların genel olması, ileriye doğru yürürlük kazanması, ve belirli (certainty) olması"<sup>110</sup>, (b) yasa önünde eşitliğe uygun olarak uygulanması"<sup>111</sup> (c) yargıç bağımsızlığını sağlayacak kuvvetler ayrılığının bulunması"<sup>112</sup> (e) kişiler ve mülkiyet üzerinde zor kullanmayı gerektirecek idari takdir hakkının yargısal denetiminin bulunması"<sup>113</sup> şartları üzerinde durur.

<sup>106</sup> Bkz. **Raz**, s. 210; **Tamanaha**, s. 93-94; **Aktaş** (2018), s. 166

<sup>107</sup> **Hayek** (2006), s. 75.

<sup>108</sup> **Hayek** (2006), s. 75; **Raz**, s. 210; **Erdoğan, Mustafa** (2017) Anayasal Demokrasi, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, s. 97.

<sup>109</sup> **Hayek** (2006), s. 75-76; **Raz**, s. 210.

<sup>110</sup> **Hayek** (1990), s. 208; Ayrıca bu eserin Türkçe çevirisi için bkz. **Hayek, F. A.** (2013) Özgürlüğün Anayasası, (Çev. Çelikkaya, Yusuf Ziya), 1. Baskı, Ankara, Bingbang Yayınları, s. 315 vd; **Erdoğan**, s. 135.

<sup>111</sup> **Hayek** (1990), s. 209; **Erdoğan**, s. 135.

<sup>112</sup> **Hayek** (1990), s. 210.

<sup>113</sup> **Hayek** (1990), s. 211; **Erdoğan**, s. 95.

Hayek'in hukuk devleti telakkisinde, liberalizmin, “*yasalar, özgül bir amaç taşımayıp, çeşitli amaçların izlenmesinde koordinasyon işlevi görür*” biçiminde ifade edilen nötr bir hukuk kavramı yatar<sup>114</sup>. Böyle bir hukuk kavramı, bireylerin kendi hayat planlarını ve geleceklerini tasarlama özgürlüğünü sağlar. Başka bir anlatımla, bu hukuk anlayışı, insanın bireysel otonomisinin korunmasını gerektirir<sup>115</sup>.

Dyzenhaus, biçimsel/formalist hukuk devleti kavramını, nötr bir kültürden (culture of neutrality) hareket eden biçimsel hukuk devleti ve amaç empoze eden (culture of reflection) bir kültürden hareket eden biçimsel hukuk devleti diye ikiye ayırarak Hayek'i, nötr bir kültürden (culture of neutrality) hareket eden biçimsel hukuk devleti başlığı altına yerleştirir<sup>116</sup>. Dyzenhaus'un bu tespiti, Hayek'in liberal kimliğine uygun düşmektedir. Hukuk kurallarının sahip olması gereken özellikler açısından, Hayek'in, *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük/ Law, Legislation and Liberty* (ilk baskısı 1973) adlı eserinde üzerinde durduğu adil davranış kuralları, onun hukuk devleti anlayışı için vazgeçilmezdir. Hayek'te, önceden ilan edilmiş genel kuralların (adil davranış kurallarının) kişilere empoze edilecek özgül amaçları (istisnai durumlar hariç) söz konusu değildir<sup>117</sup>. Başka bir anlatımla Hayek'te adil davranış kuralları negatiftir<sup>118</sup>. Adil davranış kurallarının bu özelliği, bireylere seçim (tercih) imkânı sunarak insan onurunun korunmasına katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla Hayek, her ne kadar biçimsel hukuk devleti anlayışına taraf olmuşsa da, bireylere yükümlülük getirecek, onlara özgül amaçlar dayatacak (gerekli asgari vergi gibi yükümlülükler istisna olmak üzere) bir hukuk anlayışından

<sup>114</sup> **Dyzenhaus, David** (1999) “Recrafting the Rule of Law”, *Recrafting the Rule of Law: The Limit of Legal Order*, Dyzenhaus, David (Editor), Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 1999, s. 8.

<sup>115</sup> **Tamanaha**, s. 94.

<sup>116</sup> **Dyzenhaus**, s. 8; Dyzenhaus, bu ayrımı koşul olarak formalist hukuk devleti kavramını, Hayek'in temsil ettiği sağ-kanat formalizmi ve W. E. Scheuerman'ın temsil ettiği sol-kanat formalizmi olarak ikiye ayırmaktadır. Dyzenhaus'a göre Hayekçi formalist hukuk devleti, belirli amaçları empoze etmeyip belirlilik üzerinde yoğunlaşırken, Scheuerman'ın sol-kanat formalizmi belirli amaçları gerçekleştirmeyi hedeflerken, yine de formalist kalmaktadır. (**Dyzenhaus**, s. 8). Oysa Hayek açısından özgül sosyal amaçları gerçekleştirmeye çalışan sosyal devlet anlayışının pozitif yasa kavramı hukuk devletiyle bağdaşmaz. Belirli sosyal politikaları gerçekleştirmek, temel haklara, örneğin mülkiyet hakkına dokunursa, bu Hayek açısından hukuk devletiyle uyumsuz. (Bkz. **Hayek** (2006), s. 76-78); Ayrıca bkz. **Yayla, Atilla** (1993) *Özgürlük Yolu*, Hayek'in Sosyal Teorisi, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 32 vd ve s. 47.

<sup>117</sup> **Hayek, F. A.** (1995) *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, C.II, Sosyal Adalet Serabı, (Çev. Erdoğan, Mustafa) 1. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları s. 23 vd; **Hayek, F. A.** (1994) *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, C. I, Kurallar ve Düzen, (Çev. Yayla, Atilla), 1. Baskı, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 168-170; **Aktaş** (2018), s. 136-139.

<sup>118</sup> **Hayek**, (1995) s. 23-24.



yana değildir. Dolayısıyla Hayek'te kurallar içerik bakımından belirli bir tarzda ise, *inter alia* negatif/nötr ve bireysel özgürlüğü kabul edilebilecek sınırlar dışında kısıtlamıyorsa, böyle kuralların önceden ilan edilip uygulanması hukuk devleti için sorun oluşturmayacaktır.

Hayek'e göre hukuk devleti bakımından yasallık (legality) zorunludur; ancak yeterli değildir; Yönetime (devlete) her istediğini yapacak sınırsız yetki veren bir sistem, yasal olabilir; ancak böyle bir sistem hukuk devleti idealiyle bağdaşmaz; dolayısıyla düşünür açısından yasaların belirli ilkelere uyması hukuk devleti ideali için bir zorunluluktur<sup>119</sup>. Hayek, *The Constitution of Liberty* (1960) adlı eserinde genellik ve eşitlik dışında biçimsel adalet kriterlerine sahip olmadığımız için, hukuk kuralları bireyin tamamen ilgi alanına giren hususlara müdahalede bulunmayı, iki kişi arasındaki ilişkileri düzenlediği müddetçe hukuk devleti için bir sorun olmayacağını; yasalar gayri adil ve kötü olsa bile, genellik ve eşitlik, adaletsizliği ve kötülüğü asgariye indireceğini ifade eder<sup>120</sup>. Hayek, hukuk devleti ideali için yasaları içerik bakımından bir teste tabi kılmak istemese de, yine de bu inancı için, yasaların, bireyin tamamen özel nitelikteki alanına müdahalede bulunmamasını şart koşar. Bu da içeriğe dönük bir sınırlama anlamına gelir. Kaldı ki *The Constitution of Liberty* adlı eserinden sonra 1973'de kaleme aldığı *Law, Legislation and Liberty (Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük)* adlı eserinde, yasaların genel olarak negatif kalması gerektiğini savunarak, yükümlülük getirmeyi (pozitif olmayı) istisna olmaktan çıkarıp genel kural haline getirmeyi eleştirmektedir. Hayek'i her ne kadar biçimsel hukuk devleti başlığı altında değerlendiresek bile, eserlerini bir arada bir kül halinde değerlendirdiğimiz zaman, onun, mutlak anlamda biçimci bir hukuk devletinin kalıplarına sığmayacak bir hukuk teorisi geliştirdiğini söyleyebiliriz.

İrdenmesi gereken hususlardan birisi de hukuk devleti ve demokrasi ilişkisidir. Müzakereci demokrasiyle ahlak ve hukuku temellendirmeye çalışan Habermas, hukuk devleti ile demokrasi arasındaki ilişkinin rastlantısal değil, zorunlu olduğunu söyler<sup>121</sup>. Bu yaklaşım açısından, demokrasi olmadan, hukuk devletinin gerçekleşmesi imkân dâhilinde değildir. Ancak demokrasi, hukuk devletinin çok önemli bir teminatı olmasına karşın, demokrasi ile hukuk devleti ideali arasında

<sup>119</sup> Hayek, (1990), s. 205.

<sup>120</sup> Hayek, (1990), s. 210.

<sup>121</sup> Habermas, Jürgen (1996) *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (Translator: Rehg, William), Second Printing, The MIT Press, s. 449.

kavramsal ve tanımsal zorunlu bir bağ görünmüyor. Kavramsal olarak demokrasi ile hukuk devleti ideali farklıdır. Daha açık bir ifade ile, hukuk devleti demokrasi-den hareketle tanımlanamayacağı gibi, demokrasi de hukuk devleti kavramından hareketle tanımlanamaz. Demokrasi, hukuk devletinin garantisidir. Demokrasiye dayanmayan hukuk devleti düzenlerinin çok kolayca bozulacağı kuşkusuzdur. Ancak yine de demokrasi ile hukuk devleti arasında tanımsal ve kavramsal açılardan bir ilişki kurulamaz. Demokratik olmayan hukuk devleti örneği zayıf da olsa ihtimal dâhilindedir. Biçimsel anlamda bir hukuk devletini benimseyen Raz, demokratik olmayan hukuk sistemlerinin hukuk devletinin gerekleriyle bağdaşabileceğini söyler<sup>122</sup>. Dolayısıyla “demokratik” nitelemesi, hukuk devletine eklenen başka bir özelliktir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde, “demokratik” sözcüğü, “hukuk devleti” ibaresinin sıfatlarından birisidir. Federal Alman Cumhuriyeti Anayasasının 23/(1). maddesinde “demokratik” sözcüğü, hukuk devletinin sıfatı değil, hukuk devleti gibi ayrı bir ilke olarak yer almaktadır<sup>123</sup>. Demokrasi, hukuk devletini güçlendiren en önemli mekanizmadır. Ancak hukuk devleti ile demokrasi zorunlu olarak örtüşmez. Demokrasiyle hukuk devletini kavramsal olarak ayrı tutmak, demokratik olup da hukuk devleti olmayan hukuk sistemlerini fark etmemizi kolaylaştıracaktır. Demokrasi kavramı, kendisine çok sık göndermede bulunulan bir kavramdır. Bu kavramın yaygın bir referans noktası haline gelmesi, adalet kavramını ve hukuk devleti idealini gölgeleyen bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Demokrasi varsa, hukuk devleti de zorunlu olarak vardır anlayışı, her zaman doğru değildir. Demokrasi ilkesine dayanan yasa koyucular, hukuk devletinin biçimsel koşullarını dahi sağlamayacak kurallar koyabilir. Sürekli bir biçimde geriye doğru yürüyen yasalar koymak, biçimsel hukuk devletiyle çok kolayca çelişebildiği halde demokrasiyle çelişmez. Tamamen halk iradesine dayanan bir yasa koyucu, herkesçe kabul edilebilen biçimsel hukuk devletinin niteliklerini ihmal edebilir. Demokrasi biçimsel hukuk devletinin niteliklerinin güvencelerini sağlayabilir; ancak zorunlu olarak onu garanti edemez. Demokratik ilkelerle belirlenmiş bir yasa koyucunun, geriye doğru yürürlüğü olan yasaları çıkarması zordur; ancak imkânsız değildir. Ancak anayasalarda, hukuk devleti

<sup>122</sup> Raz, s. 211.

<sup>123</sup> Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı web sayfasındaki Alman Anayasasının çevirisinde “demokratik” sözcüğü hukuk devletinin sıfatı olarak tercüme edilmişse de, bu orijinal metinle tam örtüşen bir çeviri değildir. Bkz. <<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/anayasalar.htm>>, s. e. t. 18.02.2019.

idealinin demokrasi ile teminat altına alınması faydalı olabilir. Çünkü demokrasi olmadan hukuk devleti, rüzgârda fanusu olmayan alev gibidir; çabucak sönebilir.

#### IV- MADDİ ANLAMDA HUKUK DEVLETİ KAVRAMI

Maddi anlamda hukuk devleti anlayışı, hukuk kurallarının veya bir hukuk sisteminin sadece birtakım biçimsel, prosedürel ve kurumsal ilkelere sahip olmasıyla yetinmeyip, bunlara ek olarak hukuk kurallarının içeriksel olarak bazı özelliklere de sahip olması gerektiğini savunur<sup>124</sup>. Başka bir açıdan maddi anlamda hukuk devleti, hukukun tanımı bakımından hukuki pozitivizmin terk edilerek, belirli değerlere dayanan bir hukuk kavramının benimsenmesidir<sup>125</sup>. Kimi yazarlar, maddi hukuk devletinin koşulu olarak insan haklarının korunmasını şart koşarken<sup>126</sup>, kimisi, insan onuru<sup>127</sup>, bazıları toplumun ortak iyisini/kamu yararını (comon good/res publica) esas alır<sup>128</sup>, kimisi ise “sosyal olmayı” temel alır<sup>129</sup>.

Tamanaha'nın tespit niteliğindeki analizinde maddi anlamda hukuk devletinin bileşenleri zayıftan güçlüye doğru, “*bireysel haklar, insan onuru ve/veya adalet ve sosyal refah*” olarak sıralanır<sup>130</sup>. Tamanaha'nın bu analizinde ikinci ve üçüncü sırada gelenler bir öncekileri de içermektedir; sıralama ileriye doğru gittikçe hukuk devletinin içeriği de zenginleşmektedir<sup>131</sup>.

Bingham, saydığı hukuk devleti ilkeleri arasında, “*hukuk temel insan haklarına yeterli bir koruma sağlamalıdır*” ilkesini de sayar<sup>132</sup>. Biçimsel hukuk devleti anlayışını reddederek daha güçlü (thick) bir hukuk devletinden yana tavır alan Bingham insan haklarını çiğneyen bir devleti, biçimsel hukuk devleti şartlarını taşısa bile, hukuk devleti olarak görmez<sup>133</sup>. Yazar, Uluslararası Barolar Birliği tarafından 06/07/2007 tarihinde Moskova'da yapılan toplantıdaki

<sup>124</sup> Bkz. **Tamanaha**, s. 102.

<sup>125</sup> **Ökçesiz** (1998), s. 25.

<sup>126</sup> **Bingham, Tom** (2011) *The Rule of Law*, Penguin Books, s. 66-67.

<sup>127</sup> **Corey, Brettschneider** (2011) “A Substantive Conception of the Rule of Law: Nonarbitrary Treatment and Limits of Procedure”, *NOMOS* Vol. 50, *Getting to the Rule of Law*, Published by American Society for Political and Legal Philosophy 2011, s. 52 vd.

<sup>128</sup> **Sellers**, s. 4 vd.

<sup>129</sup> **Ökçesiz** (1998b), s. 45.

<sup>130</sup> **Tamanaha**, s. 91

<sup>131</sup> **Tamanaha**, s. 91.

<sup>132</sup> **Bingham**, s. 66.

<sup>133</sup> **Bingham**, s. 67.

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi başkanının yaptığı konuşmaya göndermede bulunarak, yasanın, devlet iradesiyle eş tutulması anlayışına dayanan hukukun, hukuk devleti için yeterli olamayacağını vurgular<sup>134</sup>. Bu toplantıda, zamanın Rusya Anayasa Mahkemesi Başkanı V.D. Zorkin, XX. Yüzyılda hukukun, devlet iradesiyle ve dolayısıyla mevzuatla eş anlamlı olarak kavrandığı Alman Nazizmi ile Sovyet Komünizmi gibi rejimlerde milyonlarca insanın öldüğü iki trajedinin yaşandığını söyler<sup>135</sup>. Hukukun özünün (içeriğinin) de önemli olduğunu söyleyen Zorkin, hukuk devleti için insan haklarının korunması üzerinde durur<sup>136</sup>.

Zanghellini, hukuk devleti için hukukun adil olması ve temel hakları koruması gerektiğini şart koşar<sup>137</sup>. Yazar bu şartların gerçekleştirilmesi açısından, hukuk devleti idealini, doğal hukuk kavramıyla irtibatlandırır<sup>138</sup>.

Radbruch, devletin kendisinin koyduğu hukukla bağlı olması gerektiği şeklindeki pozitivist anlayışı reddederek, devlete tekaddüm eden insan hakları ve doğal hukuk ilkelerine bağlı bir devleti, hukuk devleti olarak telakki etmektedir<sup>139</sup>. Radbruch açısından hukuk devleti, semantik hukuk anlayışıyla değil belirli bir hukuk idesiyle ilgilidir<sup>140</sup>. Yazar açısından hukuki pozitivizmin, hukuku, sadece güçle ilişkilendirmesi yetersizdir; “güç, hukukun cebir düzeni bakımından (must of compulsion) bir temeli sayılabilir; yükümlülük veya hukukun geçerliliği bakımından bir temeli sayılamaz<sup>141</sup>”.

Aristoteles, doğru yönetim (hukuk devleti) biçimleri olarak, devletin, kim veya kimler tarafından yönetildiğine bakmaksızın, “ortak yarar” (kamu yararı) amacına bağlı olup olmadıklarını sorgular. Filozof açısından ortak yarara bağlı yönetimler, doğru (iyi) yönetim biçimleridir<sup>142</sup>. Ortak yarar kavramı, yasaların içeriğine ilişkin bir değerlendirmeyi gerektirdiği için maddi

<sup>134</sup> Bingham, s. 67.

<sup>135</sup> Zorkin, Valery (2007) “Rule of Law and Legal Awareness”, *The World Rule of Law Movement and Russian Legal Reform*, Neate, Francis and Nielsen, Holly (Editors), The Moscow City Chamber of Advocates, s. 47; Bingham, s. 67.

<sup>136</sup> Zorkin, s. 47 vd; Bingham, s. 67.

<sup>137</sup> Zanghellini, s. 214.

<sup>138</sup> Zanghellini, s. 214.

<sup>139</sup> Radbruch, Gustav, (1998) “Hukuk Devleti”, *Hukuk Devleti*, Ökçesiz, Hayrettin (Çev. ve Editör), Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 4, İstanbul, AFA Yayıncılık, s. 16.

<sup>140</sup> Radbruch (1998), s. 16.

<sup>141</sup> Radbruch (2006), s. 6.

<sup>142</sup> Aristoteles, (1990) *Politika* (Çev. Tunçay, Mete), 3. Bası, İstanbul, Remzi Kitabevi, s.81; bkz. Zanghellini, s. 222.

anlamda hukuk devletiyle alakalıdır. Aristoteles'in ortak yarar kavramı, Ortaçağda Skolastik düşüncenin öncüsü Thomas Aquinas<sup>143</sup> tarafından ve daha sonra John Finnis gibi neo-Thomistler tarafından da kullanılmıştır<sup>144</sup>. Ancak ortak yarar kavramının, maddi anlamda hukuk devleti kavramının bir ölçütü olarak kabul edilebilmesi için, "ortak yarar"ı araçsal bir şekilde, yasaların "belirli bir zümrenin yararını öncelememesi", "herkesin yararına olacak şekilde formüle edilmesi" gereğini anlamalıyız. Yoksa, bireylerin, olağanüstü durumlar hariç, kendi yararlarının çok kolayca tümüyle bir tarafa atılıp, politik olarak oluşturulmuş amaçlar kümesi içerisinde eritilmesi anlamında bir "ortak çıkar" kavramı, hukuk devleti idealiyle bağdaşmaz. Elbette doğal felaket gibi bazı olağanüstü durumlarda bireyler, kendi yararlarını bir tarafa bırakıp ortak yarar için seferber edilebilirler. Ancak olağan durumlarda, bireyin otonomisinin, toplumun amacı içerisinde yok edilmemesi gerekir. Kamu yararı (ortak çıkar) kavramı ile maddi anlamda hukuk devletinin diğer bir gereği olan "bireysel otonomi" arasında gerilim vardır. Ortak yarar kavramı büyütüldüğü zaman, bireyin otonomisi küçülür. Toplum halinde yaşamının asgari gereklerinin oluşturduğu kamu yararı dışında, bireyin doğal hukukun gereklerine bağlı olarak kendi yaşam planına sahip olması gerekir.

Maddi anlamda hukuk devletini savunanların bir kısmı, sosyal adalet idealini, hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olarak görürler<sup>145</sup>. Bu düşünce açısından sosyal haklar olmaksızın klasik haklar realitede çok şey ifade etmezler. Hukuk devleti asıl anlamını, sosyal haklarla pekiştirilmiş hukuk düzeninde bulur. Bu yaklaşım, maddi anlamda hukuk devletinin zengin bir içerikle (klasik ve sosyal haklarla) kavramsallaştırılması anlamına gelir.

Hayek ve Nozick gibi liberaller, sosyal adalet kavramının, gönüllülüğe aykırı olarak sosyal dayanışmayı zor (hukuk) yoluyla sağlamaya çalıştığı için mülkiyet hakkına ve dolayısıyla hukuk devletine aykırı bulurlar<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> Bkz. **Aquinas, Thomas** (1947) *Summa Theologica, Treatise on Law, Of the Essence of Law, First Part of Second Part, Question 90, Art. 2*, (Trans. Fathers of the English Dominican Province), Benzinger Bros. Edition. <https://dhspriority.org/thomas/summa/FS/FS090.html#FSQ90OUTP1> s.e.t. 10.07.2019.

<sup>144</sup> **Finnis, John** (1980) *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, s. 125, 272, 273 ve 353; ayrıca bkz. **Osina, Petr** (2006) "John finnis on the Law and Justice", *Studia Juridica*, ročník 4, číslo 1, s. 124 vd; **Westerman, Pauline C.** (1998) *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*, Brill, s. 263.

<sup>145</sup> **Bulut, Nihat** (2009) *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha, s. 59 vd, **Ökçesiz** (1998), s. 45 ve 55.

<sup>146</sup> **Hayek** (1995), s. 100 ve 122-123; **Nozick, Robert** (2006), . Anarşi, Devlet ve Ütopya, (Çev. Oktay, Alişan), 2. Baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 223 vd.

Huber, hukuk devleti ile sosyal devleti birbiriyle karşılaştırırken, hukuk devletini, ”toplumun devlete karşı korunması, sosyal devleti ise toplumun devlet aracılığıyla korunması<sup>147</sup>” olarak tanımlar. Yazar açısından hukuk devleti ile sosyal devlet birbirinden farklı oldukları gibi aynı zamanda belli bir ölçüde de birbirinin zıddını oluştururlar<sup>148</sup>. Ancak buna rağmen Huber bu iki idenin birleştirilmesi gerektiğini savunarak hukuk devleti idealini sosyal devlet idealine teyit etmeye çalışır<sup>149</sup>.

Sosyal ve ekonomik dayanışma ahlaken karşı konulamaz bir ilkedir. Dolayısıyla sosyal adalet, amacı açısından ahlaken inkâr edilemez; fakat metodolojik olarak tartışmaya açıktır. Yaşlılık, engelli olma, kıtlık, açlık sınırının altına düşme gibi insan yaşamını tehlikeye sokacak ve aşırı zorlaştıracak insani durumlar hariç ekonomik dayanışmanın gönüllülük esasına dayanması hukuk devletinin gereği olarak yorumlanması gerekir. Doğal olarak hukuk devleti de dâhil hiçbir ilke, insan yaşamının üstünde değildir. Hukuk devleti de nihai olarak insan için vardır. İnsan yaşamı ve onurunun tehlikeye gireceği durumlarda kuşkusuz sosyal amaçlar lehine tercihte bulunulabilir. Ancak bu gibi insani durumları aşan sosyal amaçlı müdahalelerde sınır tanımamak hukuk devletine zarara verir. Sosyal devletin amacı olan sosyal dayanışma gönüllük esasına değil, hukukun cebrine dayandığından, ekonomik eşitliği sağlama niteliğindeki doğrudan müdahalelerin kapsam ve yoğunluk arttıkça, hukuk devleti o oranda zayıflamaya eğilimlidir.

Kanaatimize göre maddi anlamda hukuk devletinin en önemli özelliklerinden biri, kural olarak hukuk normlarının negatif karakterli olmasıdır<sup>150</sup>. Yani hukuk devletinde, istisnalar hariç hukuk normları yasakları belirtip, diğer alanları özgür iradenin tercihine bırakmalıdır. Bu düşüncenin bir gereği olarak, bireylere yükümlülük getirmek, kural değil, istisnai bir durumdur. Yükümlülük getirmede sınır tanımayan bir yasama politikasının savunulması düşünülemez. O halde, bu sınırı koyacak ilke, hukuk devleti ideali olmalıdır. Hukuk normlarının tamamen negatif olması savunulamaz. Vergi ve nafaka

<sup>147</sup> **Huber, Ernst Rudolf** (1998) " Moden Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet" (Çev. Ansay, Tuğrul), Hukuk Devleti, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), İstanbul, AFA Yayını 4, s. 66.

<sup>148</sup> **Huber**, s. 77.

<sup>149</sup> **Huber**, s. 77-78.

<sup>150</sup> **Hayek**, (1995), s. 61 ve s. 211-212'deki 9. dipnot; **Smith, Adam** (2002) *The Theory of Moral Sentiment*, Haakonssen, Knud (Editor), Cambridge University Press, s. 95-96.

yükümlülüğü gibi toplumsal hayatın zorunlu gereksinimleri için hukuk kurallarının pozitif karakterli olması reddedilemez. Ancak bu tür kurallar, negatif kurallara göre bir hukuk sisteminde daha az yer tutmalıdır.

### SONUÇ: HUKUK DEVLETİ KAVRAMI İÇİN BİR ÖNERİ

Görüldüğü üzere hukuk devleti ilkesi, çeşitli amaçlar çerçevesinde farklı şekillerde kavramsallaştırılan bir idealdir. Hukuk kavramına farklı bakışları yansıtan hukuk teorileri, birbirinden farklı hukuk devleti idealine sahip olabilmektedir. Başka bir anlatımla, hukukun tanımına ilişkin düşünceler, aslında bir ölçüde kendi hukuk devleti ideallerini de tanımlamaktadırlar. Pozitivist hukuk kuramcıları (teorisyenleri) daha biçimsel hukuk devleti ideallerinden yana tavır alırken; doğal hukuk anlayışından hareket eden teorisyenler, biçimselliğe ek olarak maddi (içeriksel) birtakım koşulların varlığını hukuk devleti için gerekli görürler. Bu anlamda, zayıf ve güçlü hukuk devleti kavramlarından söz edebiliriz. Zayıf hukuk devleti kavramı, hukuk kurallarının, geriye yürümezlik (makale şamil olmama) gibi birtakım biçimsel özelliklere sahip olmasını hukuk devleti ideali için yeterli görürken, güçlü hukuk devleti anlayışı, insan hakları ve onuru gibi kuralların içeriğine dönük bazı haklılaştırmaları gerekli görür.

Biz, hukuk devleti kavramına, biçimsel (prosedürel) ve kurumsal gereklerin yanı sıra maddi alanda hukuk devletinin gereklerini de dâhil ederek görece olarak daha güçlü bir hukuk devleti anlayışından yana tavır alıyoruz.

Ancak çalışmanın içerisinden de anlaşıldığı gibi hukuk devleti kavramının içeriğini hangi biçimsel ilke ve değerlerin oluşturacağı üzerinde tam bir mutabakat yoktur. Bunun, tabii bir durum olarak karşılanması gerekir. Çünkü, hukuk devleti gibi idealler, benimsenen hukuki ve siyasi teorilere göre farklılık arz eder.

Hukuk devleti kavramı enflasyonuna yol açsa da yine de kendi yaklaşımımız açısından bir hukuk devleti kavramının gereklerine makalenin bu sonuç kısmında bir öneri olarak yer vermek istiyoruz. Hukuk devletinin kurumsal gerekleri genel olarak “biçimsel hukuk devleti” kategorisinde değerlendirilse de, biz, önemlerine binaen daha çarpıcı olmaları ve dikkat çekmeleri açısından hukuk devletinin kurumsal gereklerini biçimsel gereklerinden ayrı tutarak

bir öneride bulunmak istiyoruz. Dolayısıyla bizim anlayışımız açısından hukuk devleti kavramı, biçimsel, kurumsal ve maddi ilkelerden meydana gelmelidir.

**Bir öneri niteliğindeki hukuk devletinin biçimsel ilkeleri olarak;**

(a) kurullarla yönetilmek, (b) istisnalar hariç kurulların genel nitelikte olması, (c) kurulların ilan edilmesi, (d) hukuki belirliliğin (hukuk güvenliğinin) sağlanması, (e) kurulların herkese eşit uygulanması, (f) İstisnai durumlar hariç kurulların geriye yürürlü olmaması, (f) Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin olması;

**kurumsal İlkeleri olarak;**

(a) kuvvetler ayrılığının olması, (b) mahkemelerin bağımsız olması, (c) yasama organını Anayasaya göre hukuken denetleyecek bir yargı mekanizmasının olması, (d) yerindelik hariç, idareyi hukuken denetleyecek bir yargı mekanizmasının olması, (e) yargılamaların, tabii hakim ilkesine uygun olarak önceden ilan edilmiş usul kurallarına göre yapılması, (f) yaygın kabul görmüş standartlara göre hak arama yollarının asgari koşullarının garanti edilmesi gerekir;

**maddi ilkeleri olarak;**

(a) Pozitif hukukun, çok yaygın olarak kabul gören billurlarmış adalet ilkelerine açıkça aykırı olmaması, (b) Kural olarak hukuk normlarının negatif olması, toplumsal yaşamın zorunlu kılması halinde pozitif yükümlülük getiren normlara başvurulması, (c) yaygın olarak kabul görmüş standartlara göre klasik insan haklarının tanınması

Yukarıdan da anlaşıldığı üzere hukuk devleti kavramını, sadece biçimsel ve prosedürel ilkelerden ibaret görmüyoruz. Biçimsel ve prosedürel ilkeler, hukuk devletinin *onsuz olmaz* (sine qua non) şartlarını oluşturmasına karşın yeterli değildir. Asgari düzeyde de olsa, pozitif hukukun haklılık ve adillğine ilişkin bir sorgulamanın yapılması hukuk devletinin gereklerinden olmalıdır. Maddi anlamda hukuk devletinin ilkelerini asgari düzeyde tutarak, bunlar üzerindeki belirsizlik iddialarını en aza indirilmesini hedefledik. Yukarıdaki önerimizden de görüleceği üzere bu maddi ilkelerden birincisi, pozitif hukukun, yaygın kabul görmüş adalet standartlarıyla çelişmemesidir. Yaygın kabul görmüş adalet ilkeleri, pozitivistlerin bile karşı gelemeyeceği şekilde billurlaştırılmıştır. Örneğin cezaların şahsiliği ilkesi, ceza adaletinin bir görünümü olarak



karşı konulamaz bir sabitedir. Yaygın kabul görmüş insan hakları standartları için de aynı şey geçerlidir. Dolayısıyla yaygın olarak kabul görmüş adalet ve insan hakları standartlarının, hukuk devleti kavramının unsurları haline getirilmesi iddia edildiği gibi hukuk devleti kavramını belirsizleştirmez. Bugün temel adalet ilkeleri ve bazı temel insan haklarının standartları üzerinde yaygın bir uzlaşma vardır. Hukuk devleti kavramı açısından bunlar göz ardı edilemez.

Hukuk devleti kavramına ilişkin önerdiğimiz söz konusu ilkeler, doğal olarak mutlak değil, azaltılıp ya da çoğaltılabilir niteliktedir. Çalışmada da belirttiğimiz gibi hukuk devleti ulaşılması gereken bir idealdir. Bu ilkeleri gerçekleştirme oranında hukuk devleti idealine o nispette yaklaşılr.

## KAYNAKÇA

- Aquinas, Thomas** (1947) *Summa Theologica, Treatise on Law, Of the Essence of Law, First Part of Second Part, Question 90, Art. 2*, (Trans. Fathers of the English Dominican Province), Benzinger Bros. Edition.  
<https://dhspriority.org/thomas/summa/FS/FS090.html#FSQ90OUTP1> s.e.t. 10.07.2019.
- Aktaş, Sururi** (2018) *Hayek'in Hukuk Adalet Teorisi*, 2. Baskı, Ankara, Liberte Yayını.
- Aktaş, Sururi** (2011) *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, 1. Baskı, Ankara, XII Levha Yayını.
- Altıparmak, Kerem** (1996) "Due Process Of Law" Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 45, sayı 1, ss. 219-250.
- Aristoteles** (1990) *Politika* (Çev. Tunçay, Mete), 3. Bası, İstanbul, Remzi Kitabevi.
- Austin, John** (1995) *The Province of Jurisprudence Determined*, Rumble, Wilfrid E. (Editor), Cambridge University Press.
- Bayles, Michael D.** (1992) *Hart's Legal Philosophy*, Netherlands, Kluwer Academic Publishers.
- Bingham, Tom** (2011) *The Rule of Law*, Penguin Books.
- Bulut, Nihat** (2009) *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha.
- Carolla, Amelia** (1994) "Due Process", *Rutgers Law Review*, Vol. 25, pp. 1092-1106.
- Cass, Ronald A.** (2003) *The Rule of Law in America*, The Johns Hopkins Paperbacks Edition.
- Chemersinsky, Erwin** (1999) "Substantive Due Porcess", *Touro Law Review*, Vol 15, Issue 4, pp. 1501-1534.
- Chevallier, Jacques** (2010) *Hukuk Devleti*, (Çev. Gürcan, Ertuğrul Cenk), Ankara, İmaj Yayınevi.
- Corey, Brettschneider** (2011) "A Substantive Conception of the Rule of Law: Nonarbitrary Treatment and Limits of Procedure", *NOMOS* Vol. 50, *Getting to the Rule of Law*, Published by American Society for Political and Legal Philosophy 2011, pp. 52-63.
- Craig, Paul** (1997) "Formal and Substantive Conceptions of The Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law*, pp. 467-487.
- Curzon, L. B.** (1995) *Jurisprudence, Second Edition*, Cavendish Publishing.
- Çağlayan, Ramazan**, (2018), *İdari Yargılama Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayını.
- Dicey, A. V.** (1979) *Introduction to the Study of Law of the Constitution*, Reprinted of (original) Tenth Edition, London, The Macmillan Press.
- Dyzenhaus, David** (1999) "Recrafting the Rule of Law", *Recrafting the Rule of Law: The Limit of Legal Order*, Dyzenhaus, David (Editor), Oxford, Portland, Oragon, Hart Publishing, pp. 1-12.

- Erdoğan, Mustafa** (2017) *Anayasal Demokrasi, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı*, Ankara, Siyasal Kitabevi.
- Finnis, John** (1980) *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- Fuller, Lon L.** (1958) "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, pp. 630-672.
- Fuller, Lon L.** (1969) *The Morality of Law, Revised Edition*, Yale University Press.
- Gözler, Kemal** (2018) *Hukuka Giriş*, 15. Baskı, Bursa, Ekin Yayını.
- Grossi, Simona** (2017) "Procedural Due Process", *Seton Hall Circuit Review*, Vol. 13, Issue 2, pp. 155-202.
- Gül, Cengiz** (2010) *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Birinci Baskı*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Habermas, Jürgen** (1996) *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (Translator: Rehg, William), Second Printing, The MIT Press.
- Hart, H.L.A.** (1994) *The Concept of Law, Second Edition*, with a postscript by Bulloch, Penelope A./Raz, Joseph (Editors), Oxford, Clarendon Press.
- Hatemi, Hüseyin** (1989) *Hukuk Devleti Öğretisi*, 1. Baskı, İstanbul, İşaret Yayınları.
- Hayek, F. A.** (2006) *The Road to Serfdom*, London and New York, Routledge Classics, Published by Routledge.
- Hayek, F. A.** (1995) *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük, C.II, Sosyal Adalet Serabı*, (Çev. Erdoğan, Mustafa) 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Hayek, F. A.** (1994) *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük, C. I, Kurallar ve Düzen*, (Çev. Yayla, Atilla), 1. Baskı, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Hayek, F. A.** (2013) *Özgürlüğün Anayasası*, (Çev. Çelikkaya, Yusuf Ziya), 1. Baskı, Ankara, Bingbang Yayınları.
- Hayek, F. A.** (1990) *The Constitution of Liberty*, London, Routledge.
- Himma, Kenneth Einar** (1999) "The Epistemic Sense of Pedigree Thesis", *Pacific Philosophic Quarterly*, Vol. 80, pp. 46-63.
- Huber, Ernst Rudolf** (1998) "Moden Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet" (Çev. Ansay, Tuğrul), *Hukuk Devleti, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), İstanbul, AFA Yayını 4, ss. 57-81.
- Işıқтаç Yasemin** (2006) *Hukuk Felsefesi*, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Kelsen, Hans** (1949) *General Theory of Law and State*, (Translator: Wedberg, Andres), Third Printing, Harvard University Press.
- Kelsen, Hans** (2005) *Pure Theory of Law*, (Translated from Second Revised and Enlarged German Edition. Translator: Knight, Max), Fifth Printing, New Jersey, The Law Book Exchange.

- Köküarı, İsmail** (2005) *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Birinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kramer, Matthew H.** (1999) *In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford University Press.
- Kramer, Matthew H.** (2007) *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press.
- Lyons, David** (1984) *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press.
- Marmor, Andrei** (2010) "The Ideal of the Rule of Law", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Patterson, Dennis, (Editor), Second Edition, Wiley-Blackwell.
- McGarry, James W.** (1992) "Due Process", *Rutgers Law Journal*, Vol. 23, pp. 839-855.
- Nowacki, Josef** (1969) "The Material and Formal Conceptions of the Rule of Law", *Polish Round 3*, pp. 81-87.
- Tamanaha, Brain Z.** (2004) *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press.
- Nozick, Robert** (2006), , *Anarşi, Devlet ve Ütopya*, (Çev. Oktay, Alişan), 2. Baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Oğurlu, Yücel** (2003) *Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayını.
- Osina, Petr** (2006) "John finnis on the Law and Justice", *Studia Juridica*, ročník 4, číslo 1, pp. 122-136.
- Ökçesiz, Hayrettin** (1998) "Hukuk Devleti Olgusu", *Hukuk Devleti*, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 4*, (HFSA), İstanbul, AFA Yayıncılık, ss. 44-56.
- Ökçesiz, Hayrettin** (1998) "Hukuk Devleti", *Hukuk Devleti*, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 4*, (HFSA), İstanbul, AFA Yayıncılık ss. 17-34.
- Özcan, Mehmet Tevfik** (2008) *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayını.
- Palombella, Gianluigi**, (2010) "The Rule of Law as a Institutional Ideal", *Rule of Law and Democracy: Inquiries into Internal and external Issues*, Morlino, Leonardo and Palombella, Gianluigi (Editors), Sciulli, David (Series Editor) Vol. 115, Leiden-Boston, Brill, pp. 3-37.
- Parker, Reginald** (1956) "legal Positivism", *Notre Dame Law Review*, Vol. 32, Issue 1, pp. 31-42.
- Principle, Michael L.** (2000) "Albert Venn Dicey and the Principles of the Rule of Law: Is Justice Blind? A Comparative Analysis of the United States and Great Britain", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 22:357, pp. 357-373.
- Radbruch, Gustav**, (1998) "Hukuk Devleti", *Hukuk Devleti*, Ökçesiz, Hayrettin (Çev. ve Editör), *Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 4*, (HFSA), İstanbul, AFA Yayıncılık, ss. 11-16.

- Radbruch, Gustav**, (2006) "Statutory Lawlessness and Supra- Statutory Law", (Translator: Paulson, Bonnie L. and Paulson, Stanley L.), *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, pp. 1-11.
- Radin, Margaret Jane** (1989) "Reconsidering the Rule of Law", 69, *Boston University Law Review*, Vol. 69, No:4, pp.781-819.
- Raz, Joseph** (1979) *The Authority of Law*, Oxford University Press.
- Riggs, Robert E.** (1990) "Substantive Due Process in 1791", *Wisconsin Law Review*, Vol. 1990, Issue 4, pp. 941-1005.
- Rose, Jonathan** (2004) "The Rule of Law in the Western World: An Overview", *Journal Of Social Philosophy*, Vol. 35, No. 4, pp. 457-470.
- Rosenfeld, Michel** (2001) "The Rule Of Law And the Legitimacy Of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, Vol. 74, Issue 5, pp. 1307-1351.
- Scanlon, T.M.** (1977) "Due Process", *Due Process Nomos XVIII*, Pennock, J. Ronald and Chapman, John W (Editors), New York University Press, pp. 93-125.
- Sellers, Mortimar N.S.** (2014) "What is the Rule of Law and Why is It So Important?", *The Legal Doctrines of the Rule of Law and The legal State (Rechtsstaat)*, Vol. 38, Silkenat, James R./ Hickey, James H./ Barenboim, Peter D, (Editors), Springer International Publishing, pp. 3-13.
- Sevel, Michael** (2009), "Legal Positivism and Rule of Law", *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 34, pp. 53-68.
- Smith, Adam** (2002) *The Theory of Moral Sentiment*, Haakonssen, Knud (Editor), Cambridge University Press.
- Summers, Robert S.** (1993) "Formal Theory of the Rule of Law", *Ratio Juris*, Vol. 6, No. 2, pp. 127-142.
- Summers, Robert S.** (1999) "Principles of the Rule of Law," *Notre Dame L. Rev.* Vol. 74, Issue 5, pp. 1691-1712.
- Şahin Ceylan, Şule** (2014) *H.L.A Hart'ın Hukuk Kavramı*, 1. Baskı İstanbul, XII Levha Yayını.
- Tamanaha, Brain Z.** (2004) *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press.
- Uygur, Gülriz** (2013) *Hukuk Devletinde Hukukun Önünde Olmanın Anlamı*, Prof. Dr. Erdal ONAR'a Armağan, Cilt. II, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları.
- Von Der Pfordten, Dietmar** (2014) "On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat", *The Legal Doctrines of the Rule of Law and The legal State (Rechtsstaat)*, Vol. 38, Silkenat, James R./ Hickey, James H./ Barenboim, Peter D, (Editors), Springer International Publishing, pp.15-28.
- Waldron, Jeremy** (2006) "The Rule of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Zalta, Edward N. (ed.) URL: <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>, s.e.t. 18. 11. 2018.

- Waldron, Jeremy** (2011) "The Rule of Law and Importance of Procedure", *NOMOS* Vol. 50, *Getting to the Rule of Law*, Published by American Society for Political and Legal Philosophy, pp. 3-31.
- Westerman, Pauline C.** (1998) *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*, Brill.
- Yayla, Atilla** (1993) *Özgürlük Yolu, Hayek'in Sosyal Teorisi*, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Zanghellini, Alcardo** (2017) "The Foundations of Rule of Law", *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 28, Issue 2, pp. 213-240.
- Zorkin, Valery** (2007) "Rule Of Law And Legal Awereness", *The World Rule Of Law Movement And Russian Legal Reform*, Neate, Francis And Nielsen, Holly (Editors), The Moscow City Chamber Of Advocates, pp. 46-61.

## ASKERİ HİZMETLERİN İFASINDA SUÇ TEŞKİL EDEN EMRİ YERİNE GETİRENİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Dr. Hüseyin AYDIN\*

### ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 24 üncü maddesinde “kanunun hükmü ve amirin emri” başlığı altında yetkili bir merci tarafından verilip de yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri yerine getirenin sorumlu tutulmayacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte suç teşkil eden emrin hiçbir şekilde yerine getirilemeyeceği, yerine getirenin bir emri yerine getirdiği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin son fıkrasında ise emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde emrin yerine getirilmesinden sadece emri verenin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın “kanunsuz emir” başlıklı 137 nci maddesinde de aynı mahiyette bir hükme yer verilmiş, suç teşkil eden bir emrin yerine getirilmesi halinde emri verenle emri yerine getirenin sorumlu olacağı temel ilke olarak belirtildikten sonra askeri hizmetlerin görülmesi, acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla kanunla bu ilkeye istisna getirilebileceği ifade edilmiştir. Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesine göre ise adli ve askeri bir suç işlemek amacıyla verildiğinin anlaşılması veya verilen emrin sınırının aşılması halleri hariç hizmete ilişkin olmak koşuluyla suç teşkil eden emri yerine getiren sorumlu tutulmayacaktır.

İşbu çalışmada Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler ışığında suç teşkil eden emir ve emri yerine getirenin sorumluluğu üzerinde durulmuş, bu çerçevede özellikle askeri hizmetler açısından konu irdelenerek bir sonuca varılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** emir, suç teşkil eden emir, yetkili mercii, askeri hizmet, üst ve amir, hata halleri.

\* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, avkhaydin@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5427-9348 (Geliş Tarihi: 14.10.2019 – Kabul Tarihi: 28.11.2019).

## CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE EXECUTION OF AN ORDER THAT CONSTITUTE CRIME IN THE FULFILLMENT OF MILITARY SERVICES

### ABSTRACT

Article 24 of Turkish Criminal Code (TCC) numbered 5237, under the title of “Mandatory Provision and Order of the Supervisor” stated firstly a person who meets an order given by an authorized body as a part of his duty may not be kept responsible from such act then the following regulation enacted as an order constituting an offense should never be fulfilled. The last paragraph of same article also mentioned that in cases where inspection of the order in respect of compliance with the laws is avoided, the person giving the order is responsible from fulfillment of the order. In the article 137 of Constitution, under the title of “unlawful order” a provision which has a same nature is reviewed as in case of unlawful order, the main principal is the person executing the order and the person giving the order, both shall not evade responsibility, but exceptions designated by law relating to the execution of military duties and the protection of public order or public security in urgent situations are reserved. According to article 41 of Military Panel Code, a person who executes the unlawful order does not be responsible under the condition that the execution should be related to service apart from two circumstances as; if giving order in order to commit a legal and military crime is explicitly clear or if crossing the limits of order. This study, in the light of regulations of Constitution and Turkish Criminal Code, elaborates the unlawful order and the responsibility of the person who executes the order and within this scope the issue is concluded by examining especially military services.

**Keywords:** order, order constituting crime, competent authority, military service, superior and supervisor, instance of mistake.



## GİRİŞ

Devletin organlarının ve kamu tüzel kişiliklerin sayısının birden fazla oluşu, sadece görevlerin çokluğu ile değil, her görev için merkezi veya yerel birimlerin ihdas edilmesi zorunluluğu ile izah edilmektedir. Değişik görevler için birden fazla birimin ihdas edildiği durumlarda bu birimlerin ortak bir amaç için hareket etmesi gerekir. Bunun için hiyerarşi olarak adlandırılan ve alt düzeydeki memurların üst düzeydeki memurlara tabi olmalarını sağlayan bir düzene ihtiyaç vardır<sup>1</sup>. Bu düzen, kamu hizmetlerinin ülkenin her yerinde aynı şekil ve şartlarda ve aynı nitelikte yerine getirilmesini sağladığı gibi, keyfi hareketlere kamu hizmeti işlevinin zarar görmemesini de sağlamaktadır<sup>2</sup>. Hiyerarşik düzen kamu idarelerine özgü olup, yasama organında ve idaredeki anlamıyla yargı mercilerinde bulunmaz<sup>3</sup>.

Hiyerarşik üstünlük ilişkisi, üst konumdaki mercilerin, daha alt düzeydeki organlar üzerinde haiz oldukları bir takım yetkileri ifade etmektedir. Bu yetkiler, bir bütün olarak hiyerarşik kudret olarak adlandırılır. Hiyerarşik kudret kapsamında üst, astın işlemlerini tamamlanmadan önce inceleme, emir ve direktif verme, işlem tamamlandıktan sonra da değiştirme ve düzeltme ve son olarak iptal etme yetkisini haizdir<sup>4</sup>. Kuşkusuz bu yetkilerin en önemlisi, üstün, astın faaliyetlerini, genel kurullarla veya özel emirlerle sevk ve idare etme yetkisidir. Üstün emretme yetkisine karşılık, astın bu emirlere uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak üstün bu yetkisi ile astın itaat yükümlülüğü sınırsız değildir. İtaat yükümlülüğünün sınırları, en çok tartışılan konulardan biridir<sup>5</sup>. Özellikle suç teşkil bir emrin verilmesi halinde bu tartışma disiplinlerarası karmaşık bir tartışmaya dönüşmektedir. Kamu hizmetleri içinde askeri hizmetler, doğası gereği daha katı hiyerarşiyi gerektirdiğinden, emrin bağlayıcılığı, hukuka aykırı emir ve suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine dair tartışmalar daha da önemli hale gelmektedir.

## I. AMİRİN VEYA ÜSTÜN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

### A. GENEL OLARAK

Herhangi bir emre dayalı olmaksızın icra edilen fiilin suç teşkil etmesi hali ile emri verenin resmi bir sıfatı haiz olmadığı veya hukuken yetkili merci sayılma-

<sup>1</sup> **Zanobini, Guido** (1945) İdare Hukuku (Umumi İtibariyle İdari Nizam), 1. Baskı, 1. Cilt, İstanbul, M. Sadık Kağıtçı Matbaası, s. 136.

<sup>2</sup> **Giritli, İsmet** (1970) İdare Hukuku, Amme İdaresi Teşkilatı Amme İdaresi Personeli, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 27.

<sup>3</sup> **Zanobini**, s. 136; **Giritli**, s. 30.

<sup>4</sup> **Giritli**, s. 28.

<sup>5</sup> **Zanobini**, s. 137; **Giritli**, s. 28, 39; **Zeynel, T. Kangal** (2012) Askeri Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 144.

diği hallerde emri veren ile emri yerine getirenin sorumluluğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Birinci halde müstakil faillik, ikinci halde ise iştirak ilişkisi söz konusudur. Ancak yetkili merci tarafından verilen emir üzerine bir fiilin işlenmesi ve bu fiilin suç teşkil etmesi halinde emri veren ile emri yerine getirenin sorumluluğu öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmada iki çözüm önerisi öne çıkmaktadır. Birinci seçeneğe göre memur, amirin emrini yerine getirmek zorunda olduğundan emri yerine getirmek nedeniyle hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz. Bu seçenekte suç işleyen kişi, suçun ağırlığına bakılmaksızın her durumda sorumluluktan kurtulabilmektedir. İkinci seçeneğe göre, memurun amire itaat yükümlülüğü hukukla sınırlı olduğu için hukukun sınırlarına tecavüz eden emrin yerine getirilmesi memuru sorumluluktan kurtarmaz. Bu durumda ise kamu hizmetlerinin yürütülmesinde bazı aksamaların olabileceği ileri sürülmüştür<sup>6</sup>. Bu iki seçenek dışında sorunun manevi unsur temelinde çözülebileceğine dair görüşler de bulunmaktadır. Buna göre fail işlediği fiilin suç olduğunu bilerek hareket etmiş ise sorumlu olacak, aksi durumda da sorumlu tutulmayacaktır<sup>7</sup>.

Kural olarak suç teşkil eden bir emir söz konusu olduğunda emri veren ile emri yerine getirenin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Burada kanuni bir emrin icrasında olduğu gibi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Çünkü icra edilen emri meşru kılan bir hukuk kuralı söz konusu değildir. Aksine kanunun yasakladığı ve suç olarak düzenlediği bir emrin varlığı nedeniyle meydana gelen netice kadar amirin ve memurun icra ettiği fiiller de hukuka aykırıdır<sup>8</sup>.

Bu hususta iki istisna düşünülebilir. Bunlardan birincisi, fiil objektif olarak suç etmekle birlikte emri yerine getiren meşru bir fiil icra ettiğini düşünerek hareket etmektedir. Bu durumda fail fiili hataya düşmüş olması nedeniyle kastının varlığından ve geniş anlamı ile kusurluluğundan söz edilemeyeceğinden sorumlu tutulamayacaktır. İkinci istisna, emri yerine getirenlerin amirlerine karşı daha sıkı bir itaatle yükümlü olmaları nedeniyle emrin içeriğini kontrol edememesi halidir. Bu halde emrin yerine getirilmesi hususunda yasal bir yükümlülük bulunduğu-

<sup>6</sup> **Taner, Tahir** (1953) Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 399; **Zohrap, Kirkor** (1325), Hukuk-u Ceza, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Yayınevi, s. 186-187, zikreden **Günel, H. Yılmaz** (1967) Yetkili Mercinin Emrini İfa, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, s. 30.

<sup>7</sup> **Zohrap**, s. 30, zikreden; **Günel**, s. 30.

<sup>8</sup> **Günel**, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 57.

dan, emri yerine getirenin sorumsuzluğunun esasî kanun hükmünün icrası olarak kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

## B. HUKUKA AYKIRI VEYA SUÇ TEŞKİL EDEN EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ İLE DÜZENLEMELER

### 1. Anayasa<sup>10</sup>

Hukuk devleti olmanın zorunlu gereklerinden biri de, kamu hiyerarşisi içinde konumu ve sıfatı ne olursa olsun, hiç kimsenin kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesini emretme ve bu nitelikteki bir emri yerine getirme imtiyazına sahip olmamasıdır. Devletin erkleri arasında suç işleme erkininin varlığından söz edilemez. Esasında böyle bir erk, devlet kavramının özünü de bağdaşmaz<sup>11</sup>. Nitekim bu husus, Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine paralel olarak Anayasa'nın 137 nci maddesinde "kanunsuz emir" başlığı altında düzenlenmiştir. Düzenlemenin 1 inci fıkrasında hukuka aykırı emri yerine getirenin sorumluluğu, 2 nci fıkrasında suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumluluğu düzenlenmiş, 3 üncü fıkrasında ise sorumluluğa dair istisnalara yer verilmiştir. Her ne kadar maddenin başlığı "kanunsuz emir" ise de, hükmün içeriğinden sadece kanunsuz emrin değil, aynı zamanda diğer hukuki düzenlemelere aykırı emrin hangi durumlarda yerine getirileceği ve emri veren ile yerine getirenin sorumluluğunun da düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla hükmün içeriği dikkate alındığında madde başlığının kanunsuz emir değil de, "hukuka aykırı emir" olmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve surette çalışmakta olan kimse, aldığı emri başta Anayasa olmak üzere kanun, cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, emri yerine getirmemekle yükümlü olduğu gibi bu aykırılığı emri verene bildirmekle de yükümlüdür. Ancak üstün emirde ısrar etmesi ve emri yazılı olarak iletmesi halinde emir yerine

<sup>9</sup> **Günel**, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 58.

<sup>10</sup> 1876 tarihli Kanun-u Esasî'nin 41. Maddesine göre, "memurun amire hürmet ve riayeti lazımeden ise ide itaat kanunun tayin ettiği daireye mahsustur. Hilafî kanun olan umurda amire itaat mesuliyetten kurtulmaya medar olmaz".

1924 Anayasa'sının 94 üncü maddesine göre, "Kanuna muhalif olan unsurdaki amire itaat memuru sorumluluktan kurtarmaz".

1961 Anayasa'sının 125 inci maddesine göre ise "Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtarmaz".

<sup>11</sup> **Hafizogulları, Zeki** (2008) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, s. 237.

getirilir. Bu durumda sorumluluk, emri yerine getirene değil, emri verene ait olur (Anayasa m. 137/1).

Emrin hukuka aykırı olması onun her zaman suç teşkil ettiği anlamına gelmez. Emir, hukuka aykırı olmakla beraber suç teşkil etmeyebilir. Emrin suç teşkil ettiğinden söz edilebilmesi için, kanunda suç olarak düzenlenmesi ve yaptırım altına alınması gerekir. Bu şekilde suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilemez. Emrin yerine getirilmesi halinde yerine getiren de sorumlu olur (Anayasa m. 137/2).

Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde emri yerine getirenin sorumluluğuna ilişkin açık bir istisna hükmüne Anayasa'da yer verilmemiştir. Ancak Anayasa, askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla istisna getirilebileceğine cevaz vermektedir. Dolayısıyla belirtilen gerekçelerle ve ancak kanunla istisna getirilmesi mümkündür (Anayasa m. 137/3). Anayasa, bu hükümle emrin meşruluğunu araştırma hususunda kanunla bir kısım istisnalar getirilebileceğini ve bu gibi hallerde memurdan mutlak itaat istenebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır<sup>12</sup>.

## 2. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü Açısından Emrin Yerine Getirilmesi

Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü'nün (UCMRS) "*üst makam ve kanunun tanımı*" başlıklı 33 üncü maddesinde suç teşkil eden emri yerine getirenin cezai sorumluluğu düzenlenmiştir. Roma Statüsü, konuyu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi kapsamına giren suçlar açısından hüküm altına almıştır. Kural olarak Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun emre uyularak işlenmesi halinde, emri yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz. Emri verenin hükümet veya askeri veya sivil bir makam olması, bu hükmün uygulanması açısından önem değildir (UCMRS, m.33/1).

Emri yerine getirenin sorumluluğu esas olmakla beraber bazı istisnai hallerde emri yerine getiren sorumluluktan kurtulur. Failin bağlı olduğu hükümetin veya amirin emirlerini yerine getirme hususunda kanunen zorunlu olması, emrin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi veya emrin açıkça hukuka aykırı olmaması halinde sorumluluk söz konusu değildir. (UCMRS, m. 33/1-

<sup>12</sup> **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1969) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, 4. Baskı, 2. Cilt, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 103; **Günel**, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 39.

a,b,c). Belirtilen hallerin aynı anda bulunmasına gerek yoktur. Herhangi birinin varlığı halinde faile sorumluluk yüklenemez.

Failin emri yerine getirme hususunda kanunen zorunlu olması, emrin bağlayıcılığı ile ilgilidir. Emrin bağlayıcı olup olmadığı emrin verenin ve emri uygulayanın tabi olduğu ulusal hukuka göre tayin edilir. Bu çerçevede emir, biçim ve içerik olarak yasal koşullara uygunsuz bağlayıcıdır. Ancak emrin içeriğinin açıkça hukuka aykırı olması halinde emrin bağlayıcılığından söz edilemez. Dolayısıyla burada kastedilen emrin biçimsel bağlayıcılığıdır<sup>13</sup>.

Failin emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi mümkündür. Bu durumda hukuka aykırılığın niteliğine göre fail sorumluluktan kurtulabilir. Emirdeki kanunsuzluk hali açık ise, bir başka deyişle hukuka aykırılık basit bir hukuka aykırılığın ötesinde ilk bakışta anlaşılacak nitelikte ise failin emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi onu sorumluluktan kurtarmaz. Ancak emirdeki kanunsuzluk hali bu nitelikte değilse, failin emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi onu sorumluluktan kurtarır<sup>14</sup>. Astın görevi, rütbesi, emir veren ile arasında rütbe farkı, savaşın ast üzerindeki psikolojik etkisi gibi hususlar astın emrin kanunsuz olduğunu bilip bilmediğinin tespitinde dikkate alınır<sup>15</sup>.

Emrin açıkça hukuka aykırı olup olmadığı hususu, insan haklarına ve savaş hukukunun bilinen ilkelerine göre belirlenir. Mahkeme, açıkça hukuka aykırılığı objektif kriterlere göre belirleyecektir<sup>16</sup>.

Roma Statüsü'nde suç teşkil eden emri yerine getiren kişinin cezai sorumluluğu ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta kanunsuz emirle ilgili düzenlemelerden hareketle bir sonuca varmak mümkündür. Yukarıda ifade edildiği gibi emrin kanunsuz olduğunun bilinmemesi halinde fail sorumluluktan kurtulur. Ancak soykırım veya insanlığa karşı suç niteliğindeki emirlerin kanunsuzluğunun bilinmediği ileri sürülemez. (UCMRS, m. 33/2). Bu doğrultudaki bir savunmanın hukuki bir değeri bulunmamaktadır<sup>17</sup>. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine giren diğer suçlarda (UCMRS, m. 5/1) yani savaş suçları ve saldırı suçlarında emrin kanunsuz ol-

<sup>13</sup> **Sözüer, Adem/Erman, R. Barış** (2001) Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1. Baskı, İstanbul, Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı, s. 89.

<sup>14</sup> **Sözüer/Erman**, s. 266.

<sup>15</sup> **Dönmezer/Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, s. 103.

<sup>16</sup> **Sözüer/Erman**, s. 266.

<sup>17</sup> **Şen, Ersan** (2009) Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 122.

duğunun bilindiğine dair bir karineye yer verilmemiştir. Bu suçlarda esas alınacak ölçü kanunsuz emirlerle ilgili ölçüdür. Yani savaş ve saldırı suçlarında verilen emir açıkça hukuka aykırı ise emri yerine getiren fail sorumlu tutulabilecek, hukuka aykırılığın bu nitelikte olmadığı hallerde fail sorumluluktan kurtulabilecektir.

### 3. Türk Ceza Kanunu (TCK)

Bu konu, Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesinde “*kanunun hükmü ve amirin emri*” başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre kanunun hükmünü yerine getiren ile yetkili merciden verilip görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emri yerine getiren hukuken sorumlu tutulamaz. Kural olarak suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde emri veren de emri yerine getiren de sorumlu olur. Ancak emrin hukuka aykırılığının denetlenmesinin yasaklandığı hallerde sadece emri veren sorumlu olur (TCK m. 24)<sup>18</sup>.

TCK'nın 24 üncü maddesinde esasında birbirinden farklı iki durum düzenlenmiştir. Kanunun hükmünün yerine getirilmesinde görev ve yükümlülük kanunda açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla fail, kanun hükmünü yerine getirmesi nedeniyle sorumlu tutulmamaktadır. Ancak amirinin emrinin yerine getirilmesinde, failin işlediği fiil kanunda açıkça düzenlenmiş bir fiil değildir. Burada işlenen fiil, yetkili bir merciinin verdiği ve görev gereği yapılması zorunlu olan emirden ibarettir<sup>19</sup>. Ancak emrin doğrudan kanundan kaynaklandığı hallerde kanun hükmünün yerine getirilmesi ile amirin emrinin yerine getirilmesi hali örtüşebilir<sup>20</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesinde Anayasa'daki düzenlemenin aksine “kanunsuz emirden” değil, “kanunun hükmü ve amirin emrinden” söz edilmektedir. Ancak düzenlemelerin muhtevasına bakıldığında farklı kavramlara rağmen aynı içerikte olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa'daki düzenleme, hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emirler açısından daha ayrıntılı hükümler içermektedir. Anayasa'da “üst” kavramı tercih edilmiş iken Türk Ceza Kanunu'nda “*amir ve yetkili merci*” kavramı tercih edilmiştir. Anayasa'da emri yerine getiren açısından kamu hizmetlerine herhangi bir sıfat ve

<sup>18</sup> Yetkili amirinin emrinin yerine getirilmesinin hukuki mahiyeti hakkındaki tartışmalar için bkz. **Özen, Mustafa** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 407, 408.

<sup>19</sup> **Özen**, s. 410; **İçel, Kayhan** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 320.

<sup>20</sup> **Özen**, s. 415.

surette çalışmak şeklinde bir nitelendirme var iken, “kanunun hükmü ve amirin emri”ni yerine getiren açısından böyle bir nitelendirme söz konusu değildir. Bununla birlikte emrin yetkili bir merci tarafından verilmesi ve emri yerine getirenin görevi gereği olarak emri uygulama sorumluluğu dikkate alındığında, emri yerine getirenin kamu görevlisi olabileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Yine Anayasa’da kuralın istisnası, askeri hizmetlerin görülmesi, acil haller, kamu düzeni ve güvenliği ile sınırlanmış iken Türk Ceza Kanun’unda söz konusu istisna “emrin hukuka uygunluğunun kanun tarafından engellendiği haller” olarak ifade edilmiştir.

Amirin emriyle ilgili düzenlemeler, amirin hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı emirlerini kapsamaktadır. Amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu durumda CMK’nın 223/2-d maddesi uyarınca beraat kararı verilir. Ancak emrin yerine getirilmesinde kusurlu davranılması halinde kusurlu davranış nedeniyle sorumluluk söz konusu olabilir<sup>21</sup>. Konusu suç oluşturmayan ancak yazılı olarak tekrarlandığı için veya emrin meşruluğunun araştırılmasının mümkün olmaması nedeniyle bağlayıcı olan hukuka aykırı bir emrin yerine getirilmesi kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Bu durumda ise fail hakkında CMK’nın 223/3-b maddesi gereğince kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir<sup>23</sup>.

Emir, hukuka aykırı olmakla beraber aynı zamanda suç teşkil ediyorsa bu nitelikteki emir, hiçbir surette yerine getirilmez. Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde emri veren ile birlikte emri yerine getiren de sorumlu olur (TCK 24/2). Suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceği kuralının hiçbir istisnası bulunmamaktadır<sup>24</sup>. Emrin suç teşkil edip etmediği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşerek emri yerine getiren kişi hatasından yararlanır ve sorumlu tutulmaz (TCK 30/3).

<sup>21</sup> Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artaç, Mustafa (2014) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 630; Hakeri, Hakan (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 309; Zafer, Hamide (2015) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 302; Demirel, Muhammed (2014) Amirin Emri, Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları, s. 52; İçel, s. 319.

<sup>22</sup> Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 330; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 143, 422. Sorumsuzluğun nedenine ilişkin tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. Demirel, s. 75 vd.

<sup>23</sup> Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 633; Hakeri, s. 309; Zafer, s. 302; Demirbaş, s. 278.

<sup>24</sup> Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 633

#### 4. Diğer Mevzuat Hükümleri

##### a. Devlet Memurları Kanunu (DMK)

İdare hukukunda memurlar hakkında kabul edilen hiyerarşi sistemine göre astın üstte itaat etmesi esastır. Bu itaat, astın üstün emirlerini geciktirmeksizin ve değiştirmeksizin yerine getirmesi şeklinde tezahür eder<sup>25</sup>. Bir hukuk devletinde yetkili merciin veya amirin verdiği emrin hukuka uygun olduğu varsayılır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve surette çalışmakta olan kimse, verilen emri yerine getirmekle yükümlüdür. Bununla birlikte emrin hukuka aykırı olması halinde emri alan emrin hukuka aykırı olduğunu emri verene bildirmek zorundadır. Ayrıca suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilemez<sup>26</sup>. Görüldüğü gibi memurun amirine itaat yükümlülüğü kayıtsız ve şartsız değildir. Emri alanın bir ölçüye kadar emrin meşruluğunu inceleme hakkı vardır<sup>27</sup>.

657 sayılı Devlet Memurları Kanun'un "sadakat" başlıklı 6 ncı maddesine göre "Devlet memurları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına sadakatla bağlı kalmak ve milletin hizmetinde Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını sadakatla uygulamak zorundadırlar" Yine Kanun'un 10 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında amirin maiyetindeki memurlara kanunlara aykırı emir veremeyeceği açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Bahsi geçen hükümlerden de anlaşılacağı gibi memurların görevlerinin ifası kapsamında hukuka riayet etmeleri sadakat yükümlülüğünün bir gereği olup kamu hizmetlerinde esas itibarıyla hukuka aykırı veya suç teşkil eden bir emrin varlığından veya icrasından söz etmek mümkün değildir.

Kural bu olmakla beraber kamu hizmetlerinin ifasında hukuka aykırı veya suç teşkil eden bir emrin verilmesi mümkündür. Nitekim kanun koyucu bu olasılığı dikkate alarak böyle bir durumda emri alanın ne şekilde davranacağını da düzenlemiştir. Buna göre memurlar, kanun, tüzük ve yönetmeliklere uymakla yükümlü oldukları gibi amirleri tarafından verilen görevleri de yerine getirmekle yükümlüdür (DMK m.11/1). Bununla birlikte memur, amirinin

<sup>25</sup> **Onar, Sıddık Sami** (1952) İdare Hukuku'nun Umumi Esasları, 1. Baskı, İstanbul, Maarif Matbaası, s. 28; **Erem, Faruk** (1962) Türk Ceza Hukuku C.1 Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1. Cilt s. 436; **Hafizoğulları, Zeki** (2008) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık., s. 235.

<sup>26</sup> **Onar**, s. 819; **Hafizoğulları**, s. 235; **Zanobini**, s. 137.

<sup>27</sup> **Giritli**, s. 28-29; **Erem**, s. 437; **Hafizoğulları**, s. 238



verdiği emrin hukuka uygunluğunu denetleme hakkını haizdir. Zira memur, yalnızca emri icra eden bir makine değil, aynı zamanda idarenin bilinçli bir ortağıdır<sup>28</sup>. Memur, emrin sadece şekle uygun olup olmadığını değil, içeriğinin de hukuka uygun olup olmadığını incelemek zorundadır<sup>29</sup>. Ancak memur, emrin yerindeliğini denetleyemez<sup>30</sup>. Memur, bu çerçevede yapacağı değerlendirme sonucunda emrin Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı olduğu sonucuna varırsa emri yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, memur bu emri yapmakla yükümlüdür. Bu durumda hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinden dolayı sorumluluk emir verene ait olup, emri yerine getirene herhangi bir sorumluluk yüklenmez. Emrin yazılı olarak tekrarlanması, emri veren açısından emri hukuka uygun hale getirmez. Bu yöntemin amacı, emrin yazılı olarak tekrarlanmasının istenilmesi suretiyle hukuka aykırı emrin verilmesinden kaçınılmasını sağlanmasıdır. Aksi görüşün kabulü hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz<sup>31</sup> (DMK 11/2). Emrin konusunun suç teşkil etmesi halinde yazılı olarak tekrarlanması, yerine getireni sorumluluktan kurtulamaz (DMK 11/3). Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır (DMK 11/4).

### ***b. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK)***

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndaki düzenleme, büyük oranda Devlet Memurlar Kanun'undaki düzenlemeyle aynıdır. Buna göre görevi kapsamında emir alan polis, emrin kanun, cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı olup olmadığını inceler. Yaptığı inceleme ve değerlendirme sonucunda emri hukuka aykırı görürse emri yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 2 nci maddesinin 3 üncü fıkrasındaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla emri yazılı olarak yenilirse memur emri yerine getirmek zorundadır. 3 üncü fıkrada belirtilen istisnalarda emrin sözlü olarak tekrarlanması emrin yerine getirilmesi zorunluluğu açısından yeterlidir. Bu durum-

<sup>28</sup> **Erem, Faruk**, (1966) Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 586; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 428; **İçel**, s. 324.

<sup>29</sup> **Erem**, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, Cilt II, s. 588; **Zafer**, s. 303.

<sup>30</sup> **Hafizoğulları**, s. 238.

<sup>31</sup> **Demirel**, s. 75.

da, hukuka aykırı emri yerine getiren sorumlu olmaz. Ancak konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler, hukuken sorumlu olurlar (PVSK m.2/2.).

### ***c. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Askeri Ceza Kanunu***

Askeri hizmetlerde hiyerarşik ilişki, diğer kamu hizmetleriyle mukayese edildiğinde daha katıdır. İtaat yükümlülüğün kapsamı da geniş tutulmuştur. Bu durum, askeri hizmetlerin doğasından kaynaklanmaktadır<sup>32</sup>. Nitekim 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, astı, üst ve amirlerine mutlak surette itaate zorunlu kılmaktadır. 211 sayılı Kanunu'nun 14/1 maddesine göre ast, amirlerine, kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaatle yükümlüdür. Astın, diğer kamu görevlilerinde olduğu gibi emrin hukuka uygunluğunu sorgulama ve değerlendirme, hukuka aykırı görmesi halinde yazılı olarak tekrarlanmasını isteme hakkı bulunmamaktadır. 211 sayılı Kanun 14/2 maddesine göre verilen emir hukuka aykırı ise sorumluluk emri verene aittir.

Verilen emrin suç teşkil etmesi durumunda ise emri veren ve yerine getirenin sorumluluğu Askeri Ceza Kanunu'nun iştirak başlıklı 41/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre amirin emri suç teşkil ediyorsa ve ast, amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadı ihtiva eden bir fiile müteallik olduğunu biliyorsa hem emri veren hem de emri yerine getiren iştirak hükümlerine göre sorumlu olur.

## **II. SUÇ TEŞKİL EDEN EMİR KAVRAMI VE YERİNE GETİRENİN SORUMLULUĞU**

### **A. BİR EMİRİN VARLIĞI**

#### **1. Genel Olarak Emir Kavramı**

Kavram olarak emir, kamu hizmetlerini sevk ve idare ile yükümlü olan ve niteliği itibariyle bir silsile takip eden üst tarafından asta karşı kanuna uygun olarak kullanılan otorite tezahürüdür<sup>33</sup>. Tanımından da anlaşılacağı gibi emir kavramı, bünyesinde üstünlük, zorunluluk ve bağlılık olmak üzere üç unsuru içermektedir<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Kangal, s. 145.

<sup>33</sup> Türk Hukuk Kurumu (1944) Türk Hukuk Lügati, 1. Baskı, Ankara, Maarif Matbaası, s. 83.

<sup>34</sup> Galateria, Luigi (1950) Teoria Giuridica degli Ordini Amministrativi, 1. Baskı, Milano, s. 55; zikreden Günal, s. 59.

Üstünlük ilişkisi, kamu hukuku alanına giren bir bağlılık ilişkisine dayalı olmalıdır. Bu ilişkisi çerçevesinde karar verme konumunda olan amir, belli bir şeyin yapılması veya yapılmaması hususunda bir irade ortaya koyması nedeniyle astları için belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu yükümlülük bir yaptırım ile de güvence altına alınır<sup>35</sup>. Buna karşılık özel hukuk sahasına giren örneğin işçi-işveren ilişkisi veya velayet ilişkisine dayalı emir verme yetkisi bu manada bir üstünlük ilişkisi sayılmaz ve bu çerçevede verilen talimatlar emir olarak nitelendirilemez<sup>36</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nda emir kavramı, birçok hükümde geçmekle birlikte tanımlanmamıştır. Emir kavramının kapsamına, tehdit, teşvik, tahrik, nasihat, tolerans ve davet dahil değildir. Talep, muhatap tarafından reddedilemez ise emir kavramına dahil kabul edilmelidir. Emir, amirin iradesini açık bir şekilde ortaya koymalı, emredici nitelikte olmalı ve karşısındakine herhangi bir hareket özgürlüğü tanımamalıdır. Emir, emri icra edene doğrudan yöneltilbileceği gibi araçlar vasıtasıyla da yöneltilebilir. Bu durum, emrin niteliğini ve bağlayıcılığını etkilemez<sup>37</sup>.

Herhangi bir emrin yerine getirilmesi ceza hukuku açısından kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden değildir. Bunun için emrin meşru olması ve emrin bağlayıcı olması gerekir<sup>38</sup>. Emrin meşru olabilmesi için emri verenin böyle bir emir vermeye yetkili olması, emri alanın böyle bir emri ifaya mecbur olması ve nihayet emir kanunun gösterdiği veya gerektirdiği şekil ve içerik şartlarına uygun olması gerekir<sup>39</sup>. Emirdeki şekil eksikliği emrin yerine getirilmesi zorunluluğunu ortadan kaldıracaktır. Örneğin emrin yazılı olarak verilmesinin gerektiği hallerde emrin sözlü olarak verilmesi gibi.

Emrin yerine getirilmesinin zorunlu olduğundan söz edilebilmesi için emrin doğrudan bir kişiye yönelik olarak verilmesine gerek bulunmamaktadır. Bazen emir genel olarak da verilebilir. Bu çerçevede tamimler, tebliğler de

<sup>35</sup> **Altavilla, Enrico** (1933) *Teoria Soggettiva Del Reato, Ricostruzione Dogmatico Positivista Del Codice Penale*, 1. Baskı, Napoli, s. 294, zikreden **Günel**, s. 60; **Zafer**, s. 304; **Demirbaş**, s. 278; **İçel**, s. 321.

<sup>36</sup> **Zafer**, s. 304; **İçel**, s. 321.

<sup>37</sup> **Günel**, s. 61; **Hafizoğulları**, s. 237.

<sup>38</sup> **Majno** (1977) *Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, 1. Baskı, C. 1, Ankara, Yargıtay Yayınları, s. 208; **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1969) *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 4. Baskı, 2. Cilt, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 95; **Hafizoğulları**, s. 237; **Demirbaş**, s. 278.

<sup>39</sup> **Majno**, s. 208; **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1969) *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 4. Baskı, 2. Cilt, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s.96; **Zafer**, s. 305; **Soyaslan**, s. 379; **Demirbaş**, s. 278.

yetkili merciden verilen emir sayılır<sup>40</sup>. Emir bir kişiye verilebileceği gibi, bir gruba da verilebilir. Aynı konuda birden çok fazla emir verilmiş ise en son emir dikkate alınır. Farklı düzeyde kişilerin birbirleriyle çelişen emirleri söz konusu ise yüksek amirin emir geçerlidir<sup>41</sup>.

## 2. Askeri Hizmetlerde Emir Kavramı

Askeri hizmetlerde emir kavramı, bazı yönleriyle diğer kamu hizmetlerindeki emir kavramıyla ayrılmaktadır. Esasında emir kavramının özünde anlam kazandırıldığı yer askeri hizmetlerdir. Askeri hizmetlerde bütün işleyiş emir üzerine inşa edilmiştir. Nitekim İç Hizmet Yönetmeliği'nin 30 uncu maddesinde emir "*her türlü askerî vazifelerin ve hizmetlerin nâzımı*" olarak nitelendirilerek bu husus teyit edilmiştir. Bu nedenle askeri emir, askeri olmayan emrin ağırlaştırılmış hali değildir. Askeri emir, farklı özellikleri olan özel bir emir türüdür<sup>42</sup>.

Askeri hizmetlerde emir, emir verme yetkisini haiz bir üstün, bir şeyin yapılması veya yapılmamasına yönelik olarak asta yönelttiği icap edilmesi zorunlu talep ve istektir<sup>43</sup>. Emir, İç Hizmet Kanunu'nda da açık bir şekilde tanımlanmıştır. 211 sayılı Türk Silahları Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 8 inci maddesine göre emir, "*Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesidir*". Kanuni tanımda geçen hizmet kavramı ise, aynı Kanun'un 6 ncı maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre hizmet; "*Kanunlarla nizamalarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir*". Genel olarak emir kavramında olduğu gibi, askeri hizmetlerdeki emirde de, emrin kanunlarda veya diğer düzenleyici işlemlerde bir dayanağının bulunması gerekir. Emir, kanun ve nizamları ihlal etmemeli özellikle suç teşkil etmemelidir (İç Hizmet Yönetmeliği m.33.) Emir, bir şeyin yapılmaması yönünde olabileceği gibi, bir şeyin yapılması doğrultusunda da olabilir. Emrin mutlaka yazılı olarak verilmesine gerek yoktur. Sözlü olarak verilen, hatta başka surette örneğin el, kol, göz hareketiyle verilen emirler de emir olarak kabul edilebilir. Ancak anlaşılmasındaki muhtemel yanlışlıkları bertaraf etmek için uzun ve karışık emirle-

<sup>40</sup> Erem, Ümanist Doktrin, s.436.

<sup>41</sup> Zafer, s. 305.

<sup>42</sup> Taşkın Rıfat (1930) Askeri Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, s. 101; Değirmenci, s. 87.

<sup>43</sup> Polatcan, İsmet (1997) Açıklamalı- İçtihatlı Askeri Ceza Kanunu, 1. Baskı, İstanbul, Melisa Matbaacılık, s. 199.

rin mümkün olması halinde yazılı olarak verilmesi veya ast tarafından not edilmesi veya esasların tekrar edilmesi gerekir (İç Hizmet Yönetmeliği, m. 32).

Kanundaki tanımlar ve ilgili düzenlemeler dikkate alındığında, geçerli bir emirden söz edilebilmesi için emrin askeri hizmete ilişkin olması, yetkili amir tarafından verilmesi ve kanun ve nizamın gösterdiği şekil ve öze ilişkin koşullara uygun olması gerekir<sup>44</sup>. Bu nitelikte olmayan bir emrin bağlayıcılığından söz etmek mümkün değildir. Kanun, tüzük yönetmelik gibi objektif düzenleyici işlemlerin hükümleri ayrıca emir haline getirilip duyurularak kişiselleştirilmedikçe emir olarak nitelendirilemez<sup>45</sup>.

Askeri hizmetlerde emrin ne şekilde ve hangi usullerde verileceği hususunda da bir kısım hükümler bulunmaktadır. Kural olarak emir üniforma ile verilir. Ancak amir üniformasız da olsa ast tarafından tanınıyorsa emrin yerine getirilmesi gerekir. Üniformasız iken emir vermek ihtiyacını gören amir, ast tarafından tanınmadığı durumda kimlik kartı ile kendisini tanıtır bu durumda da emrin gereği yerine getirilir (İç Hizmet Kanunu m.19, İç Hizmet Yönetmeliği m.30). Emirler, astın emri tamamen anladığına dair amire kanaat uyandıracak şekilde açık, kısa ve kesin olmalıdır. Gerektiği durumlarda emrin yerine getirileceği süre ve emrin yapılma tarzı da açıkça bildirilir (İç Hizmet Yönetmeliği m.30).

Askeri emir, ancak askerlere verilebilir. Kamu düzeni ve güvenliği için ordunun müdahalesinin yasal olarak gerektiği veya müdahalesinin sivil makamlar tarafından talep edildiği hallerde askeri emirler, orduya mensup olmayanlara da yönelebilir. Ancak bu halde bir askeri emirden değil, bir zabıta emrinden söz etmek mümkündür<sup>46</sup>.

## B. EMİRİN YETKİLİ MERCİİ TARAFINDAN VERİLMESİ

### 1. Genel olarak Yetkili Mercii Kavramı

Belli bir örgüt yapısı içerisinde görev yapan kişiler arasında mevcut olan astlık-üstlük ilişkisi hiyerarşi olarak ifade edilmektedir. Bu ilişkinin doğal sonucu olarak “üstün yetkileri, buna karşılık “astın yükümlülükleri” bulunmaktadır. Hiyerarşik ilişki, üstün asta emir verme yetkisi temeline dayanır. Bu ilişki içinde olan yer alan şahıslar, “amir” (emreden) veya “memur” (emredi-

<sup>44</sup> Değirmenci, s. 94; Demirağ, Fahrettin (2016) Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık s. 103; Kangal, s. 145-148.

<sup>45</sup> Demirağ, s. 103.

<sup>46</sup> Taşkın, Milli Müdafaa Hukuku, s. 102.

len) konumundadır<sup>47</sup>. Bu ilişki nedeniyle ast, ifa ettiği işlemi, yalnızca kanunun kendisine yüklediği bir ödev itibariyle değil, aynı zamanda üstün emri olarak yerine getirir<sup>48</sup>.

Emri veren kişinin nitelendirilmesi açısından hukukumuzda bir kavram birliği bulunmamaktadır. Bazen “yetkili bir merci”, bazen “amir”, bazen “üst” kavramı tercih edilmektedir. Amir, “bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını emreden kimse” dir<sup>49</sup>. Üst ve yetkili mercii kavramları da eş anlamı olarak kullanılmaktadır. Buradaki yetkili merciden kasıt, resmi sığfa haiz kamu hukuku alanındaki kamusal otoritedir. Başka bir hukuki ilişkiye dayalı olarak üst konumunda olan kişiler bu kapsamda değerlendirilmez. Kişinin amir veya üst olması yetkili mercii sayılması için yeterli değildir. Aynı zamanda bu konumda olan kişinin yetkisi dahilinde bir konuda emir vermesi gerekir. Aksi takdirde emir, yetkili mercii tarafından değil, herhangi bir kimse tarafından verilmiş sayılır<sup>50</sup>. Eşit derecede kişiden biri diğerine emir vermiş ise “eşit eşite emir veremez” kuralı gereğince emri yerine getiren kişi, yetkili merciiin emrini yerine getirmiş sayılmaz<sup>51</sup>. Emri verenin yetkili mercii sayılması için, sicil amiri olmasına gerek bulunmamaktadır<sup>52</sup>.

Emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, emrin yetkili bir merci tarafından verilmesi, yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması gerekir (TCK m.24/2). Merci kavramını resmi merci olarak anlamak gerekir. Hizmet ve aile ilişkisinden kaynaklanan nüfuz ve yetkilere dayalı olarak verilen emirler bu kapsamda değerlendirilmez<sup>53</sup>. Merciiin aynı zamanda yetkili olması gerekir. Merciiin yetkili olmaması halinde emri yerine getiren sorumluluktan kurtulmaz. Emri veren merciiin yetkili olup olmadığı hususu, emri verenin hukuki statüsüne ve tabi olduğu hukuki rejime göre tayin edilir. Son olarak emrin yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması gerekir. Bunun için emrin, öncelikle emri yerine getirecek olanın görevine dahil olması gerekir. Eğer emir amacı, esas ve yerine getirilmesinde kullanılan araçlar

<sup>47</sup> **Giritli**, s. 26; **Özgenç, İzzet** (1996) Askeri Hiyerarşide Emirlerin Bağlayıcılığı ve Bunun Hukuki Sonuçları, Personel Okulu ve Eğitim Merkez Komutanlığı 1996 Yılı Seminerleri, 1. Baskı, Konya, Personel Okulu ve Eğitim Merkez Komutanlığı, s. 319.

<sup>48</sup> **Giritli**, s. 27.

<sup>49</sup> Türk Hukuk Lügati, s. 15.

<sup>50</sup> **Dönmezer/Erman**, s. 95; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 631.

<sup>51</sup> **Mauro**, s. 390, zikreden **Günel**, s. 67.

<sup>52</sup> **Hafızoğulları**, s. 238.

<sup>53</sup> **Erem**, Ünmanist Doktrin, s. 436.

bakımından emri yerine getirenin görevi dışında kalıyorsa böyle bir emri yerine getiren sorumluluktan kurtulmaz.

Yetkili mercii, tek kişi olabileceği gibi, heyet halinde çalışan bir kişiler topluluğu da olabilir. Bu durumda kişiler topluluğu tarafından verilmiş emir de yetkili mercinin emri sayılır<sup>54</sup>. Bazen emir verme yetkisi birden çok kişiye ait olabilir. Birden çok kişinin emri vermeye yetkili olduğu halde, bunlardan birinin emir vermesi yetkili mercii sayılma açısından yeterlidir.

Hiyerarşik ilişki, sadece aynı idare ve büroda çalışanlarla sınırlı değildir. Bazen değişik büroya veya idarelere mensup memurlar arasında hiyerarşik bir ilişki olabilir. Bu durumda başka büro veya idarede çalışan memurlara emir verme yetkisinin hukuken var olması halinde emir veren yetkili mercii sayılır. Örneğin idari makamların askeri makamlardan yardım istemesi, adli makamların polise emir vermesi gibi<sup>55</sup>.

## 2. Askeri Hizmetlerde Yetkili Mercii Kavramı

Askeri mevzuatımızda yetkili merci kavramı yerine amir ve üst kavramı kullanılmaktadır. İç Hizmet Yönetmeliği'nin 662 nci maddesinde geçen yetkili merci kavramı, askeri hiyerarşi silsilesindeki bir makamı değil de adli mercileri kastetmektedir.

TSK İç Hizmet Kanunu'nun 9 uncu maddesine göre amir, "*Makam ve memuriyet itibariyle emretmek salâhiyetini haiz kimsedir*". Aynı hükme göre amirin altındakilere de maiyet denir. Makam, her amirin Silahlı Kuvvetlerde temsil ettiği mevkidir. Memuriyet ise askeri bir hizmeti ifa ile görevli olma halidir<sup>56</sup>. Amirin mutlaka asker olmasına gerek yoktur. Amir vazifesi alan sivil memurlar da maiyetindeki sivil ve askeri personele hizmetin gerektirdiği emirleri verebilir (İç Hizmet Kanunu, 115/1-a).

Bir kişinin askeri hiyerarşi içindeki amirlik sıfatı, aynı teşkilatta kendisine bağlı kişiler açısından söz konusudur<sup>57</sup>. Amirlik sıfatı, bir kadroya atanmak suretiyle kazanılabileceği gibi kadronun herhangi bir nedenle boşalması nedeniyle vekaleten bakılmak suretiyle de kazanılabilir. Ancak bir kişinin amir

<sup>54</sup> **Giriödi**, s. 295, zikreden **Günal**, s. 67.

<sup>55</sup> **Günal**, s. 68.

<sup>56</sup> **Değirmenci**, s. 77; **Demirağ**, s. 106

<sup>57</sup> **Demirağ**, s. 107.

sifatını kazanması için atanması veya vekaletten görevlendirilmesi yeterli değildir. Ayrıca fiilen göreve başlamış olması da gerekir<sup>58</sup>.

Üst “*rütbe veya kıdem büyüklüğünü*” gösterir. Ast ise “*üstün rütbece ve kıdemce aşağısında bulunan kimseyi*” ifade eder (İç Hizmet Kanunu m.10). Üst, Askeri Ceza Kanunu’nun 13 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında da rütbe ve kıdem bakımından büyüklük olarak tanımlanmıştır. Buna göre ast ve üst ilişkisi rütbe farkından kaynaklanabileceği gibi aynı rütbede olanlar arasında kıdem farkından kaynaklanabilir. Bu ilişki sadece hizmet esnasında değil, duruma göre hizmetin bitiminde de devamlılık arz eden bir ilişkidir<sup>59</sup>.

Amire mutlak itaat, askeri disiplinin bir unsuru olarak sayılmış ve astın amire mutlak itaatle yükümlü olduğu ifade edilmiştir (İç Hizmet Kanunu, m.13-14). Bu nedenle askeri hiyerarşi sıkı biçimde saptanmış ve ast, ilk amirine ve hiyerarşik amirlerine sıkı bir şekilde bağlanmıştır. Bu bağlılık, astın görevini amirlerinin emirlerine uyarak yapması şeklinde tezahür eder<sup>60</sup>.

Amir veya üstün emir verme yetkisi, askerlerin sevk ve idaresinde en önemli araçlardan biridir. Denilebilir ki askerlikte emri verme yetkisi olmadan sevk ve idare kabiliyetinden söz etmek mümkün değildir. Bu yetki, kıt’aların sevk ve idaresiyle sınırlı bir yetki değildir. Her amir, emri altındaki askerler üzerinde şahsen bu güce haiz olduğu gibi, bu yetki belli bir alana ilişkin yerel bir yetki de olabilir<sup>61</sup>.

Askeri hizmetlerde amirin emir verme yetkisi, diğer kamu hizmetlerindeki amirin emir verme yetkisinden farklı olarak silahlı kuvvetlere özgü özellikler de taşır. İdari makamlardaki emir verme yetkisi ancak makama karşılık gelen bir yetkiye tekabül ederken, askeri emirler kişisel görev esasına dayanır. Askeri hizmetlerde makamın sağladığı yetki, askeri emirler için hukuki görünümünden başka bir anlam ifade etmez. Askeri hiyerarşinin şahsileştirilmesi ile askeri düzende iki yeni hiyerarşi söz konusu olmaktadır. Biri emretmek ve kumanda etmek şeklinde tezahür ederken, diğeri derece ve rütbe itibariyle ortaya çıkmaktadır. Birincisinde hiyerarşi, her amirin Silahlı Kuvvetlerde temsil ettiği makam itibariyle hiyerarşidir ki askeri hizmetler makam sahibi amir-

<sup>58</sup> Demirağ, s. 107.

<sup>59</sup> Değirmenci, s. 76.

<sup>60</sup> Yüceer, Bila (1986) Askerlikte Emir Müessesesi, 1. Baskı, Ankara, Nüve Matbaası, s. 13; Taşkın, Milli Müdafaa Hukuku, s. 102.; Demirağ, s. 106.

<sup>61</sup> Taşkın, Rıfat (1943) Milli Müdafaa Hukuku ve Devletler Harp Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Hukuk İlmini Yayma Kurumu, s. 84.



lerin emirleri ile yürütülür. İkinci ise rütbe itibariyle üstünlüğü ifade eder. Soyut rütbe ve unvan sıralamasıdır<sup>62</sup>.

Askeri mevzuatımızda emri veren kimsenin yetkisinin kapsamı ve emrin bağlayıcılığı açısından ikili bir ayırım yapılmıştır. Emri veren “amir” sıfatını haiz ise mutlak itaat prensibi geçerlidir. Emre veren herhangi bir “üst” ise, mutlak itaat esası ancak kanun ve nizamlarda gösterilen hallerle sınırlıdır. Şu halde ast, emri verenin amir mi, üst mü olduğunu araştırarak, amir ise mutlak itaat edecek, üst ise kanun ve nizamlara göre böyle bir emir vermeye yetkili olmadığını inceleyerek yetkili olduğu sonucuna varırsa yine mutlak itaat edecektir<sup>63</sup>. Görüldüğü gibi üstün emir verme yetkisi, amirin emir verme yetkisine oranla daha sınırlı bir yetkidir. Bu yetki ancak İç Hizmet Kanunu’nun 23 üncü maddesinde düzenlenen isyan ve fesat halleri ile İç Hizmet Kanunu’nun 23 üncü maddesinde düzenlenen disiplinsizlik hallerinde söz konusudur. Daha üst rütbede veya kıdemde olan her subay, daha aşağı rütbede veya kıdemde olan subaylara karşı hizmet dışındaki durumlarından ve hareket tarzlarından dolayı gerektiği durumlarda doğru hareket etmelerini emir ve ihtar etmek hak ve yetkisini haizdir<sup>64</sup>.

### C. EMRİN SUÇ TEŞKİL ETMESİ HALİ

Suç teşkil eden bir emrin varlığından söz edilebilmesi için yetkili merci tarafından verilmiş bir emrin hukuka aykırı olması yetmez, aynı zamanda emrin suç teşkil etmesi de gerekir. Konusu suç teşkil etmeyen emir, daha çok idare hukukunu ilgilendirmektedir<sup>65</sup>. Her suç, hukuka aykırı bir eylemdir. Ancak hukuka aykırı her eylem suç değildir. Hukuk düzeninde hukuka aykırı eylemlerin bir kısmı sadece tazminat sorumluluğu ile bir kısmı disiplin cezasıyla bir kısmı ise kabahatlere özgü idari yaptırımlarla yaptırım altına alınmıştır. Ceza siyaseti gereği bir kısım eylemler de kanun koyucu tarafından suç olarak nitelendirilmiş ve suçlara özgü yaptırımlarla cezalandırılmıştır<sup>66</sup>.

Türk Ceza Kanunu’nun 2 nci maddesine göre bir fiilin suç olarak nitelendirilmesi, o fiilin kanunda suç olarak düzenlenmesine bağlıdır<sup>67</sup>. Kanundan anlaşılması gereken yalnızca Türk Ceza Kanunu değil, suç ve ceza içeren

<sup>62</sup> Taşkın, s. 85.

<sup>63</sup> Erman, Sahir (1983) Askeri Ceza Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 131.

<sup>64</sup> Değirmenci, s. 84; Taşkın, s. 88.

<sup>65</sup> Erem, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, Cilt II, s. 588.

<sup>66</sup> Taner, s. 83; Hafizoğulları, s. 176.

<sup>67</sup> Taner, s. 82; Hafizoğulları, s. 173.

özel kanunlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir<sup>68</sup>. Dolayısıyla kanunda açıkça suç olarak düzenlenen bir fiilin suç olduğundan ve dolayısıyla böyle fiilin işlenmesinin emredilmesi halinde suç teşkil eden bir emirden söz etmek mümkündür. Bu çerçevede kabahat içeren bir emrin ifası suç teşkil eden bir emrin ifası olarak değerlendirilemez. 765 sayılı TCK'daki düzenlemeden farklı olarak 5237 sayılı TCK'da kabahatler suç olmaktan çıkarılmış ve 2005 yılında yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu ile müstakil olarak düzenleme konusu yapılmıştır. Kabahatler Kanunu'nun 2 nci maddesinde kabahat, kanunun karşılığında idari yaptırım öngördüğü haksızlık olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla kabahati, suç olarak değerlendirmek mümkün değildir<sup>69</sup>. Kabahatler Kanunu'nun 12 nci maddesinde TCK'daki hukuka uygunluk nedenlerine ve kusurluğu ortadan kaldıran nedenlere yapılan atıf, diğer açık düzenlemeler karşısında kabahatlerin suç sayılmasını gerektirmez. Ancak yapılan atıf nedeniyle TCK'nın 24 üncü maddesinin 3 üncü ve 4 üncü fıkraları kabahatler için de uygulanabilecektir. Buna göre konusu kabahat teşkil eden bir emir, hiçbir surette yerine getirilemez, aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. Kabahat teşkil eden emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur<sup>70</sup>. Ancak buradaki sorumluluk veya sorumsuzluk ceza hukuku anlamında olmayıp idari anlamda bir sorumluluk ve sorumsuzluk halidir<sup>71</sup>.

### III. EMRİ YERİNE GETİRENİN SORUMLULUĞU

#### A. GENEL OLARAK

Suç teşkil bir emrin yerine getirildiği durumlarda, sorumluluk kapsamında tartışılması gereken husus, emri veren ile emri yerine getirenin sorumluluğudur. Emri verenin sorumluluğu hususu, ceza hukuku açısından özellik arz etmez. Emir veren, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen iştirak kuralları çerçevesinde azmettiren sıfatıyla sorumlu olur. Bu husus, daha çok emri yerine getirenin sorumluluğu açısından özellik arz etmektedir.

Kural olarak suç teşkil eden emri yerine getiren, işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulur. Genel kural bu olmakla beraber Anayasa, kanun koyucuya bu kurala istisna getirme yetkisi tanımıştır. Anayasa'nın 137 nci maddesinin 3

<sup>68</sup> Demirel, s. 64.

<sup>69</sup> Demirel, s. 66.

<sup>70</sup> Dursun, s. 244-245.

<sup>71</sup> Demirel, s. 68.

üncü fıkrasına göre, askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla kanunla istisna getirilebilir.

Türk Ceza Kanunu'nda suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumluluğu hususunda emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir (TCK m.24/3). Yine Devlet Memurlar Kanunu'nun 11 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre, acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla bu kurala kanunla istisna getirilebilecektir. Her iki maddenin yazım tekniğine bakıldığında, açık bir istisna hükmünden söz etmek mümkün değildir. Bu konuda istisnanın var olup olmadığının tespiti için diğer kanun hükümlerine bakıp, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellenip engellenmediğine veya kurala açıkça istisna getirilip getirilmediğine bakmak gerekir. Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellenmesi veya açık bir istisna hükmünün getirilmesi ancak kanunla mümkün olabilir. Diğer mevzuat hükümleri ile örneğin cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle böyle bir sınırlamanın getirilmesi mümkün değildir.

## B. EMRİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DENETLENMESİ

Bir emrin verilmesi halinde emrin muhatabının emri verenin yetkisini, emrin meşruluğunu ve yerine getirme zorunluluğunun bulunup bulunmadığını denetleme yükümlülüğünün olup olmadığı hususunda doktrinde mutlak itaat teorisi, şekli kontrol teorisi, içerik itibarıyla kontrol teorisi ve nihayet emrin tekrarı teorisi gibi teoriler ileri sürülmüştür<sup>72</sup>. Ancak doktrinde hakim olan görüş, emri alanın belirtilen hususları araştırma yükümlülüğü olduğu yönündedir<sup>73</sup>. Dolayısıyla kural olarak kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse üstünden aldığı emri, anayasa, kanun, cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı olup olmadığını denetleme yetkisini haizdir. Zira Anayasa'nın 137 nci maddesinin 1 inci fıkrasında astın verilen emri daha üst normlara aykırı görmesinden söz edilmektedir. Astın böyle bir sonuca varabilmesi, öncelikle herhangi bir sonuca varmasına olanak sağlayacak bir denetleme yetkisini haiz olmasını gerektirmektedir ki bu yetki, bahsi geçen hüküm bağlamında anayasal olarak mevcuttur. Esasında Devlet Memurları

<sup>72</sup> Bu konudaki teoriler için bkz. **Günel, Yılmaz** (1973) "Amirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi", AÜSBFD, C. 20, S. 2.

<sup>73</sup> **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 634; **Soyaslan, Doğan** (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 378.

Kanunu'nun 6 ncı maddesi hükmü dikkate alındığında, emrin hukuka uygunluğunu denetleme hususunu, devlet memurları için sadece bir hak olarak değil, aynı zamanda sadakat yükümlülüğü kapsamında bir zorunluluk olarak da görülmelidir. Dolayısıyla her ast, üstünden aldığı emrin hukuka uygunluğunu denetleme hakkını ve yükümlülüğünü haizdir<sup>74</sup>. Hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi bazı hallerde mümkün ise de, suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi hiçbir şekilde mümkün değildir. Suç teşkil eden emri yerine getiren, emri veren gibi işlediği suçtan dolayı sorumlu olur.

### C. EMRİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DENETLENMESİNİN YASAKLANDIĞI HALLER

Bazı alanlarda emrin meşruluğunu araştırma yetkisinin tanınmasının, derhal itaat yükümlülüğü ile bağdaşmayacağı kabul edilmektedir. Bu durumda bağlayıcı gayri meşru emirden söz edilmektedir. Bununla birlikte gayrimeşruluğu "suçluluğu aşikâr emir"e varmaması gerekir<sup>75</sup>.

Yukarıda ifade edildiği gibi, suç teşkil eden emrin yerin getirilmesi hususunda yerine getirenin emri veren gibi sorumlu tutulacağı hususu, genel bir ilke olarak hukuk düzenimizde yerini almıştır. Bu hususta bazı hallerde kanun koyucuya istisna getirme yetkisi tanınmış, Türk Ceza Kanunu'nda da emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanunla yasaklandığı hallerde emri yerine getirenin sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir. Mevzuatımızın tetkikinde Anayasa'nın 137 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında belirtilen yetkiye dayalı olarak suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumlu tutulmayacağına dair açık bir istisna hükmüne rastlanılmamıştır<sup>76</sup>. Aşağıda değinileceği gibi Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesindeki hükmü de bir istisna hükmü olarak değerlendirmek mümkün değildir.

Ancak özellikle askeri hizmetlerin görülmesi sırasında emir alan taraftan emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanunla sınırlandırıldığı haller söz konusu olabilir. Bu durumda yani emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanunla sınırlandırıldığı hallerde, suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumluluğunu ayrıca değerlendirmek gerekecektir. Elbette ki hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından yasaklanmış olması demek, suç işlenmesine kanunun bir kılıf bulunması anlamına gelmemelidir<sup>77</sup>. Nitekim askerlik hizmetleri

<sup>74</sup> Dönmezer/Erman, s. 101; Zanobini, s. 138; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 632.

<sup>75</sup> Erem, Ümanist Doktrin, s. 589; Günel, s. 96.

<sup>76</sup> Hafizoğulları, s. 237.

<sup>77</sup> Hafizoğulları, s. 237.

açısından emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin tümüyle sınırlandırıldığını söylemek de mümkün değildir. Askerlik hizmetinde ast, ceza hukuku açısından bizzat sorumlu olabileceği durumlarda emrin muhtevasını inceleme hak ve yükümlülüğünü haizdir. Ast, emrin yetkili bir kişi tarafından verilir verilmediğini ve emrin hizmete ilişkin olup olmadığını tetkik etme hakkını haizdir. Emrin, yetkili kişi tarafından verilir verilmediği, askeri emir vermeye yetkili olanların makam, rütbe ve dış görünüşlerine göre kolayca anlaşılabilir. Ancak emrin hizmete ilişkin olup olmadığını tayin etmek hizmet kavramının kapsamı dikkate alındığında bazı hallerde güçlük arz edebilir. Bu konuda bir tereddüt hasıl olduğunda üstün hüküm ve takdiri üstün tutulur<sup>78</sup>.

#### D. ASKERİ HİZMETLERDE SUÇ TEŞKİL EDEN EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ

Askeri hizmet ve disiplin, astın kayıtsız şartsız itaat ve bağlılığı üzerine inşa edilmiştir<sup>79</sup>. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği'nin 10 uncu maddesine göre astın, aldığı bir emirden dolayı amirine emirle ilgili mütalâada bulunması veya düşüncesini ifade etmesi yasaktır. Alınan emir hiç bir kayıt ve şarta bağlanmaksızın ve hiç bir düşünceye kapılmaksızın yerine getirilir. Hatta emirle ilgili düşünce ifade etmek bir yana, bir emri alırken veya aldıktan sonra mırıldanmak, doğru bulmadığını sezdirecek hal ve harekette bulunmak cezayı gerektirir. Hükümden de anlaşılacağı gibi, askeri mevzuatımız asta, kural olarak hükmün muhtevasının hukuka uygunluğunu araştırma yetkisi vermemiştir<sup>80</sup>. Bununla birlikte mutlak itaat, astın her şeye itaat etmesi anlamına gelmemektedir. Mutlak itaatten kasıt, astın kanun ve nizamlardan doğan görevleri ile amirinden aldığı hukuka uygun emirleri, mütalaa beyan etmeden ve herhangi bir olumsuz düşünceye kapılmadan her şart ve koşulda yerine getirmesidir<sup>81</sup>.

Bizatıhi emrin hukuka uygunluğunu denetlemekle ilgili olmamakla beraber, bazı koşulların varlığı halinde astın üstün emrini değiştirme veya yerine getirmeme hakkı da bulunmaktadır. Her askeri emrin içinde "*clausula rebus sic stantibus*" yani "*o andaki ahval ve şeraitin müsaadesizliği*" kaydı bulunmaktadır. Dolayısıyla emrin verildiği hal ve koşulların değişmesi halinde emri alana bir kısım inisiyatiflerin tanınması gerekmektedir<sup>82</sup>. Nitekim İç Hizmet Kanunu'na göre

<sup>78</sup> Taşkın, Milli Müdafaa Hukuku, s. 106.

<sup>79</sup> Taşkın, Milli Müdafaa Hukuku, s. 103.

<sup>80</sup> Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 105.

<sup>81</sup> Değirmenci, Olgun (2014) Askeri Ceza Ve Disiplin Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 613.

<sup>82</sup> Taşkın, s. 103.

eğer koşullar ve içinde bulunan durum emri yapılamayacak bir hale koymuşsa veyahut emir verilirken bilinmeyen sebepler daha sonra ortaya çıkmışsa veya emrin yapılması büyük bir tehlikeye ve ağır bir zararı da sebebiyet verecekse ve bahsi geçen durumlar karşısında amirden yeni bir emir alınmasına koşullar ve zaman da uygun değilse; ast sorumluluğu üzerine alarak emri yeni koşulların gerektirdiği ölçüde değiştirerek yerine getirebilir. Bu durumda emrin yapılamadığı veya değiştirilerek yapıldığı veya kısmen yapıldığı hususunda emri veren amir bilgilendirilir (İç Hizmet Kanunu m. 20).

Emir ve emrin yerine getirilmesi hususunda ayrıntılı ve açık düzenlemelere yer veren Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliğinde suç teşkil eden emirle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu husus, Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kural olarak, hizmete ilişkin hususlarda verilen emir suç teşkil ederse emri yerine getiren sorumlu tutulmaz. Sadece suç işlenmesi hususunda emri veren sorumlu olur (Askeri Ceza Kanunu m.41/2).

Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesinin halen yürürlükte olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır. Öğretide Askeri Ceza Kanunu'nun Ek m.8 ve m.10 hükümleri ve TCK 5 inci maddesi hükmü dikkate alındığında, Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesi hükmünün zımnen ilga edildiği ve TCK'nın iştirake ilişkin genel hükümlerinin geçerli olacağı yönünde görüşler olduğu gibi, TCK 24/4 maddesi hükmü dikkate alındığında Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesi hükmünün tamamlayıcı hüküm olarak varlığını sürdürdüğü ve ayrıca esasında 41 inci madde hükmünün Anayasa'nın 137 nci maddesinin 3 üncü fıkrası bağlamında bir istisna hükmü olarak mer'i olduğunun kabulü gerekeceği yönünde de görüşler bulunmaktadır<sup>83</sup>.

Kanaatimizce Anayasa'nın 137 nci maddesinde suç teşkil eden emrin ifasında yerine getirenin sorumlu tutulamayacağına yönelik askeri hizmetlere ilişkin istisna getirilebileceğine dair hüküm ile Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında yer alan emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği durumlarda sadece emri verenin sorumlu tutulabileceğine ilişkin hüküm birlikte dikkate alındığında, Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesinin Anayasa'ya ve Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesine aykırılığından söz etmek mümkün değildir. Esasında 41 inci madde hükmü bir bütün olarak değerlendirildiğinde, suç teşkil eden emri yerine getirenin ancak bu emrin suç olduğu-

<sup>83</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Dursun**, s. 230-231; **Demirel**, s. 95-107.

nu bilmemesi bir başka deyişle hataya düşmesi halinde sorumlu olmayacağını öngörmektedir ki bu durum 24 üncü maddenin yanı sıra TCK'daki hata hallerine ilişkin hükümlerle de uyumluluk arz etmektedir.

Askeri hizmetler açısından emrin hukuka yabancı olması, ona bağlılık kuvvetini ortadan kaldırmaz<sup>84</sup>. Bununla birlikte bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle emrin hizmete ilişkin olması gerekir. O nedenle ast, amirinden veya kanun ve nizamlara göre emir vermeye yetkili olduğu hallerde üstten verilen emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştırarak ve eğer emir hizmete ilişkin değilse yerine getirmekten kaçınabilecektir. Emir, kanun ve nizamda düzenlenen askeri bir görevle ilgili ise veya önceden yazılı olarak belirlenmiş askeri bir görevle ilgili olmamakla beraber genel olarak askerliğin amaç ve menfaatlerine uygun bir emir niteliğinde ise bu talep hizmete ilişkin sayılır<sup>85</sup>.

Görüldüğü gibi, askeri mevzuatımız açısından mutlak itaat prensibi sınırsız bir şekilde tanınmış değildir. Ast, emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştırma hak ve yükümlüğünü haizdir. Bu araştırma, öncelikle emrin şekle uygunluğuna ilişkin olmalıdır. Çünkü hizmete ilişkin bir emrin şekil itibariyle kanuna uygun olması zorunludur. Dolayısıyla askeri mevzuata göre ast, emrin muhtevasının hukuka uygunluğunu araştırmaktan men edilmekle birlikte şekli olarak hukuka uygunluğunu araştırmaktan men edilmiş değildir. Eğer ast, emrin şekli olarak kanuna uygunluğunu araştırmaz ve emri yerine getirirse emri veren gibi sorumlu tutulacaktır<sup>86</sup>. Askerler, gerçek bir emrin yerine getirilmesi hususunda ne kadar sıkı bir bağ ile emre bağlı ise, hizmete ilişkin olmayan ve yetkili mercii tarafından verilmeyen emirlere de o kadar bağlı değillerdir. Herhangi bir yetkiye dayanmayan emirlerde emir verme yetkisinin gaspından, hizmete ilişkin olmayan emirlerde ise emir verme yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edilir<sup>87</sup>.

Askeri Ceza Kanunu'nun uygulanması açısından hizmet, “*gerek malüm ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması halidir*”. Burada yer alan “malum ve muayyen olan” ibaresi, kanunlarda ve nizamlarda yapılması yazılı olan hususları ifade eder<sup>88</sup>. Bu hizmet tarifi, TSK İç Hizmet Kanunu'ndaki hizmet kavramının tarifinden daha geniştir.

<sup>84</sup> Taşkın, s. 105.

<sup>85</sup> Değirmenci, s. 96.

<sup>86</sup> Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 132; Taşkın, s. 105.

<sup>87</sup> Taşkın, s. 105

<sup>88</sup> Taşkın, s. 45.

Çünkü TSK İç Hizmet Kanunu'nda hizmet, "Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir" şeklinde tanımlanmıştır (TSK İç Hizmet Kanunu, m. 6).

Hükümden de anlaşılacağı gibi, hizmet iki kaynaktan doğabilir. Bu kaynaklarından ilki kanun, tüzük, yönetmelik ve yönergeler gibi objektif düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin asker kişiler tarafından bilindiği farz edilir ve düzenlemenin mahiyetine göre yapılıp yapılmaması askeri vazife olarak değerlendirilir, ihlali ise sorumluluk gerektirir. Hizmetin diğer kaynağı ise amirin emridir. Amir, objektif düzenleyici işlemlerle düzenlenmemiş alanlarda emir verme yetkisini haizdir. Ancak bu nitelikte emrin hizmete ilişkin olması ve suç teşkil etmemesi gerekir<sup>89</sup>.

Askeri hizmet, sadece eğitim, nöbet ve tatbikatlar gibi harp sanatının öğrenilmesi ve savunmasıyla sınırlı olarak değil, askerlerin beden ve ruh sağlığı ve bu bağlamda sosyal hayatını da içine alacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. Bu kapsamda disipline ilişkin emirler ile istihbarata karşı koymaya yönelik olarak verilen emirler de askeri hizmet kapsamında kabul edilmektedir<sup>90</sup>.

Emrin hizmete ilişkin olması durumunda suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumlu olmayacağına dair kuralın iki istisnası bulunmaktadır (Askeri Ceza Kanunu m.41/2)<sup>91</sup>. İki halde de, emir hizmete ilişkin olsa bile, emir suç teşkil ediyorsa emri yerine getiren sorumlu tutulur. Bunlardan birincisi madunun yani astın verilen emrin hudutlarını aşması, ikincisi ise amirin emrinin adli ve askeri bir suç kastını ihtiva eden bir fiile ilişkin olduğunun madun tarafından bilinmesi halidir. Bu iki istisna hükmü birbirinden bağımsız-

<sup>89</sup> Demirağ, s. 102.

<sup>90</sup> Demirağ, s. 102.

<sup>91</sup> Benzer bir hüküm 30.05.2005 tarihli Alman Askerlerin Hukuki Durumu Hakkında Kanun'unda yer almaktadır. Kanunu'nun İtaat başlıklı 11 nci paragrafında askerlerin amirine itaat etmesinin zorunlu olduğu, onun emirlerini özenli, eksiksiz ve derhal ifa etmesi gerektiği ifade edildikten sonra insan onurunu ihlal eden ve hizmete ilişkin olmayan emirlerin ifasının zorunlu olmadığı, böyle bir emrin verilmesi halinde askerinin emrin ifasından kaçınması mümkün değilse ve hukuki yollardan karşı koyması beklenemez ise sorumluluktan kurtulacağı ifade edilmiştir. Aynı şekilde emrin ifası halinde bir suçun işlenmesi söz konusu ise emre itaat edilmeyeceği, buna rağmen emre itaat edilmesi halinde askerinin suçun işleneceğini bilmesi ve kendince bilinen koşullara göre bu durumun bariz olması halinde kusurlu sayılacağı düzenlenmiştir.

İtalyan Askeri Disiplin Hakkında Prensiplere Normları Kanunu'nun 4 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına göre açıkça devlet kurumlarına yönelik olan ve ifası her hâlikârda açıkça suç teşkil eden bir emir verilen askerinin bu emri ifa etmemekle yükümlü olduğu gibi derhal amirlerini de bilgilendirmekle yükümlüdür.

Dursun, Selman; *Türk ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman Ve İtalyan Ceza Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, C.XVIII, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 2, 207-208, s. 223.



dır. Birinin gerçekleşmesi halinde emri yerine getiren sorumlu tutulur ve müşterek fail olarak cezalandırılır. Askeri Ceza Kanunu'nun 92 nci maddesinde tahrik nedeniyle madununun cezasında indirim öngören düzenleme, bu hal-lerde uygulanmaz<sup>92</sup>.

### 1. Astın verilen emrin hudutlarını aşmış olması

Burada öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken husus, astın hudutlarını aşarak yerine getirdiği emrin suç teşkil eden emir olup olmadığıdır. Hükümde geçen emir suç teşkil eden emirdir. Zira emrin hududunun aşılması suç işlenmesi halinde astın müşterek fail olarak cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Müşterek failliğin söz konusu olabilmesi için suçun kanuni tanımında yer alan fiilin birlikte işlenmiş olması gerekir (TCK m.37/1). Amirin verdiği emrin hukuka uygun bir emir olması halinde astın emrin hudutlarını aşarak suç işlemesi durumunda amirin sorumluluğu düşünülemez için müşterek faillik de söz konusu olamaz.

Bu hüküm, sınırının aşılmasının düzenlediği TCK 27 nci maddesindeki düzenlemeden de farklıdır. Çünkü TCK 27 nci maddenin uygulanabilmesi için öncelikle emrin hukuka uygun olması dolayısıyla suç teşkil etmemesi gerekir. 27 nci maddenin uygulanması açısından işlenen fiil yönüyle hukuka uygunluk nedenlerinin "orantılılık" dışındaki bütün koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir<sup>93</sup>. Buna mukabil Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesi açısından emrin bizatihi kendisi suç teşkil etmekte, ayrıca fail suç teşkil eden emrin sınırlarını da aşarak ayrıca suç işlemektedir.

477 sayılı Disiplin Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunu'nun 48 inci maddesine göre "*Kast veya ihmâl ile hizmete ait emri tam yapmamak, değiştirmek veya sınırını aşmak suretiyle itaatsizlik edenlere on günden iki aya kadar oda veya göz hapsi cezası verilir*". Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının a bendindeki emir, 477 sayılı Kanun'un 48 nci maddesindeki emir değildir. Emir, yukarıda ifade edildiği gibi astın suç teşkil ettiğini bildiği emirdir. Buna karşılık 477 sayılı Kanun'un 48 inci maddesinde düzenlenen ve hududun aşılması halinde astın cezalandırılacağı öngörülen emir, suç teşkil etmeyen veya astın suç teşkil ettiğini bilmediği emirdir. 477 sayılı Kanun'un 48 inci maddesi kapsamındaki emrin hudutlarının aşılması halinde ast, suç teşkil

<sup>92</sup> Alman Askeri Ceza Kanunu'nun 5 inci paragrafının 2 nci fıkrasına göre astın kusuru, emrin ifası sırasında bulunduğu özel durum dikkate alındığında az ise cezası indirilebileceği gibi cünhalarda kaldırılabilir. **Dursun**, s. 208.

<sup>93</sup> **Demirel**, s. 188.

eden bir fiil işlememiş ise sadece itaatsizlik suçundan cezalandırılır. Ancak ast konusu suç teşkil eden bir emir aldıktan sonra bunun sınırını aşmak suretiyle suç işlemiş ise, hem işlediği suçtan hem de sınırı aşması hasebiyle itaatsizlik suçundan cezalandırılır<sup>94</sup>.

## 2. Emrin askeri ve adli bir suçun işlenmesi maksadına yönelik olduğunun madun tarafından bilinmesi<sup>95</sup>

Askeri hizmete ilişkin olup da suç teşkil eden bir emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulabilmesi için emri yerine getirenin emrin suç teşkil ettiğini bilmemesi gerekir. Madun, verilen emrin bir suça ilişkin olduğunu bilmesi durumunda suç teşkil eden emri yerine getirmekten dolayı sorumlu tutulur (ACK 41/2-B). Suçun askeri veya adli bir suça ilişkin olması, sonuca etkili değildir. Her iki durumda da madun sorumlu tutulur. Madunun sorumlu tutulabilmesi için emrin kapsamının bir suçun işlenmesi amacına matuf olduğunu bilmesi yeterlidir. Kanun koyucu burada sübjektif bir unsur benimsemiştir. Emrin bizatihi kendisinin suç teşkil etmesi önemli değildir. Önemli olan verilen emrin suç işlemek maksadıyla verildiğinin ast tarafından bilinmesidir<sup>96</sup>. Hükümde geçen “kendisince malum olması” ifadesi, bir duruma işaret etmektedir. Bu durum, astın emrin amacını ve söz konusu amacın bir suç işlemeye yönelik olduğunu biliyor olmasıdır. Burada bilmek doğrudan bilmeyi ifade eder. Mevcut düzenleme ışığında maksadın muhtemel görülmesi, öngörülebilir ve tahmin edilebilir olması bilmek olarak nitelendirilemez<sup>97</sup>. Astın, bu maksattan haberdar olması, kendi gayretlerinin sonucu olabileceği gibi, üçüncü kişilerin veya harici diğer nedenlerin sonucu da olabilir.

Suç teşkil eden emri verenin sorumluluğu hususunda Askeri Ceza Kanunu’nda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bir amirin, maduna suç teşkil eden emir vermesi başlı başına suç olarak düzenlenmiştir. Askeri Ceza Kanunu’nun 109 uncu maddesine göre maduna suç yapmak için emir veren amir veya üst, iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Suçun işlenmesi veya işlenmesine teşebbüs edilmesi halinde emri veren amir veya üstün cezası o suça tekabül eden cezanın iki katına kadar arttırılabilir. Görüldüğü gibi askeri

<sup>94</sup> **Günel, H. Yılmaz** (1967) “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, AÜSBFD, C. 22 S. 4, s. 197.

<sup>95</sup> Bu hükmün 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonra mülga olduğu yönünde öğretide görüşler bulunmaktadır. Bu konuda bkz. **Değirmenci**, s. 90; **Kangal**, s. 145.

<sup>96</sup> **Demirel**, s. 159.

<sup>97</sup> **Erman**, Askeri Ceza Hukuku, s. 183.

personel açısından suç teşkil eden emrin verilmesi, azmettirmenin sorumluluğundan daha ağır bir şekilde yaptırım altına alınmıştır<sup>98</sup>.

## E. EMRİN SUÇ TEŞKİL EDİP ETMEDİĞİ HUSUSUNDA HATA

### 1. Genel Olarak

Konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi bakımından hata halleri söz konusu olabilir. Hata, kelime anlamı itibariyle kişinin düşüncesi ile gerçeğin birbirine uymaması halidir<sup>99</sup>. Hata, gerçeğin yanlış biçimde tasavvuru veya bilinmesi sebebiyle iradenin oluşum sürecine etki eden bir husus olup, söz konusu etki nedeniyle irade bozulmuş olarak doğar<sup>100</sup>. Failin tasavvurunun konusu, dış dünyaya ait bir şeye ilişkin olabileceği gibi kurallar alanına ilişkinde de olabilir. Dış dünyaya ait bir şeyin olduğundan farklı bir biçimde algılanması halinde unsur yanlışlığından ( tipiklik hatası, emrin koşullarına ilişkin hata), kurallar alanına ait gerçekliğin farklı biçimde değerlendirilmesi halinde ise yasak hatasından veya haksızlık hatasında bahsedilir. Kısaca unsur hatası bir algılama hatası olduğu halde; yasak hatası bir değerlendirme hatasıdır<sup>101</sup>.

Haksızlık hatasında emri yerine getiren işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği bilincinde değildir. Buna mukabil emrin koşullarında hatada ise emrin yerine getirilmesinin hukuka uygun sayılabilmesi için gerekli olan tüm koşulların gerçekleştiği düşünülmektedir<sup>102</sup>. İlk halde TCK'nın 30/4 maddesinde yer alan haksızlık hatası söz konusudur. İkinci halde ise emrin yerine getirilmesinde ceza sorumluluğunu kaldıran sebeplerinin tüm şartlarının gerçekleştiği düşünülmektedir. Bu durum ise, TCK'nın 30/3 maddesinde yer alan ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerinin maddi şartlarında hata çerçevesinde değerlendirilecektir<sup>103</sup>.

### 2. Ceza Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerin Maddi Şartlarında Hata

Ast veya memur, aldığı emrin hukuka uygunluğunu denetledikten sonra emrin meşru olduğu ve suç teşkil etmediği sonucuna vararak emri yerine getirmiş olabilir. Burada emrin meşruluğunu sağlayan koşullardan birinde hataya düşülmesi söz konusudur. Bu durum, ceza sorumluluğu kaldıran ne-

<sup>98</sup> Değirmenci, s. 92.

<sup>99</sup> Önder, Ceza Hukuku Dersler, s. 325.

<sup>100</sup> Toroslu, Ceza Hukuku, s. 217.

<sup>101</sup> Soyaslan, s. 458, Toroslu, s. 217, 12. Güngör, Devrim (2007) Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 23, 24.

<sup>102</sup> Demirel, s. 179.

<sup>103</sup> Bu durumun TCK 301/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Koca/Üzülmez, s. 253.

denlerin maddi koşullarında hata olarak nitelendirilmektedir<sup>104</sup>. Ceza sorumluluğunu kaldıran hallerinin maddi şartlarında hatanın, kast kapsamında mı, yoksa kusur kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır<sup>105</sup>. Kusur kapsamında sayılması halinde hata hali, TCK'nın 30 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, kastı ortadan kaldıran bir neden sayılması halinde ise TCK'nın 30 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasına değerlendirilecektir. TCK'nın 30/3. maddesinde; "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere dair koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır." denilerek, hukuka uygunluk nedenleri ile kusura etkileyen haller birlikte düzenlenmiştir. TCK'nın 30/3 maddesinin 3 üncü fıkrası, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarına ilişkin hatanın kaçınılmaz olmasına münhasırdır. Hatanın kaçınılabılır olmasına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Bu husustaki hukuki boşluğun, TCK'nın 30 uncu maddesinin 1 inci fıkrasındaki düzenlemenin kıyasen uygulanması ile doldurulması mümkündür<sup>106</sup>.

Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin maddi şartlarında hata halinde fail, fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincindedir. Fakat somut olayda ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin şartlarının gerçekleştiğini düşünmektedir<sup>107</sup>. Buradaki hata kastın bilme unsuru kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu husustaki yanlış bilgi, yani maddi şartlarının gerçekleştiği hususundaki kanaat kastı ortadan kaldırır. Ancak failin düştüğü hata konusunda taksiri varsa ve suçun taksirli de hali kanunda düzenlenmiş ise fail bu suçtan sorumlu tutulur<sup>108</sup>. Örneğin üniformasız amirin verdiği emri onu tanımaması nedeniyle yerine getirmeyen ast ile "askeri karakolu, nöbetçiyi ve devriyeyi dinlemeyen" asker kişiyi onların bu sıfatını bilmediği durumda hatası nedeniyle emre itaatsizliğe ısrar suçundan sorumlu tutmak mümkün değildir<sup>109</sup>.

Kanuna açıkça aykırı olan ve suç teşkil ettiği hususunda objektif olarak şüphe bulunmayan hallerde hatadan söz etmek mümkün değildir. Örneğin bir darbe girişimi sırasında emniyet müdürlüğünün bombalanmasına ilişkin verilen bir em-

<sup>104</sup> Demirel, s. 182.

<sup>105</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. Demirel, s. 182-186.

<sup>106</sup> Göktürk, Neslihan (2014) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği, Ceza Hukuku Dergisi, S. 26, s. 21.

<sup>107</sup> Koca/Üzülmüş, s. 290.

<sup>108</sup> Koca/Üzülmüş, s. 290.

<sup>109</sup> Kangal, s. 117.

rin hukuka aykırılığında objektif olarak bir şüphe bulunmadığından bu konudaki hata iddiası hukuku dinlenmez. Ancak hukuka aykırı olup olmadığı objektif olarak derhal anlaşılmayan, az çok incelemeye ihtiyaç gösterilen durumlarda meseleyi sübjektif noktadan yani amir ile memur arasındaki ilişkiler bakımından da irdelemek gerekir. Amir ile memur arasındaki ilişki bakımından konu irdelendiğinde, emri alanın kişiliği, ruh hali, hiyerarşik olarak itaat yükümlülüğü, amirin öteden beri verdiği emirlerin kanuna uygun olacağı hususundaki zan ve telakkisi nedeniyle ve emrin hukuka uygun olduğu düşüncesiyle emir yerine getirilmiş olabilir. Böyle durumlarda hatanın varlığı tartışılabilir <sup>110</sup>. Özellikle askeri hizmetlerdeki itaat yükümlülüğünün kapsamı ve hizmetin niteliği de dikkate alındığında hata hallerinin görece olarak fazla olabileceğini söylemek mümkündür.

Doğal olarak memurun veya astın emrin hukuka uygunluğunu araştırması ve değerlendirmesi, yargı organlarının yapacağı araştırma ve değerlendirme ile aynı şekil ve mahiyette değildir. Böyle bir beklenti gerçekçi olmaktan uzaktır. Fakat verilen emrin bir suça ilişkin olduğu hususunda hiçbir tereddüt yoksa verilen emir açık bir şekilde suç teşkil ediyorsa emri alanın yanılmış olmasına hukuken değer atfedilemez. Örneğin bir subay, kışlanın önünde gezinen vatandaşlara ateş açılması emrini verse, emri yerine getiren aldandığını ve hataya düştüğünü iddia edemez<sup>111</sup>.

Yargıtay'a göre failin hataya düşüp düşmediği konusunda bilgi düzeyi, tecrübesi, rütbesi ve konumu ile olayın özellikleri dikkate alınacaktır. Yargıtay belirtilen ölçütleri uyguladığı bir davada "..."*Sıkıyönetim Direktifi konulu emir ve ekle-rindeki "Atama Listesinin" 364. sırasında TRT İstanbul Müdürü olarak ismi yer alan Hava Harp Okulu Öğrenci Alay Komutanı Kurmay Albay Hüseyin Ergezen'in doğrudan emir ve talimatı gereğince Yalova Meydan Komutanlığında tatbiki eğitim kampında bulunan Harbiyelileri çok ivedi olarak içtima alanında toplayıp önceden hazırlanan listede isimleri bulunanlarla birlikte tam teçhizatlı olarak ve kasalarca mühimmatı da yanlarına alarak kendilerine verilen konusu suç oluşturan emir ve direktifler doğrultusunda darbe kalkışmasına destek vermek amacıyla 15 Temmuz 2016 günü saat 23.45-00.07 sıralarında kamptan ayrıldıkları, 16.07.2016 tarihinde saat 03.00 sıralarında Fatih Sultan Mehmet Köprüsü Kavacık mevkiine ulaştığında trafiğin durma noktasına geldiği, araçların çevresine sivil vatandaşların toplanarak tepki gösterdikleri, yola devam etme imkanı kalmayan sanıkların bu tepkilere duyar-*

<sup>110</sup> **Taner**, s. 401; **Demirel**, s. 179.

<sup>111</sup> **Dönmezer/Erman**, C. 2, s. 102.

sız kalarak sabaha kadar araçlar içerisinde bekledikleri, aynı gün saat 08.00 sıralarında polis ekiplerince gözaltına alındıkları anlaşılan sanıkların ... sübuta eren eylemlerinin Anayasanın 122. Maddesinde düzenlenen usule aykırı olduğu açıkça anlaşılan, mahiyeti itibariyle de anayasal düzene karşı silahlı teşebbüs suçunu teşkil ettiği ülke genelinde objektif olarak anlaşılan “Sıkıyönetim Direktifi” konusu yasa dışı emrin gereğini icra yönünden bilgi düzeyi, olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi somut olgular nazara alındığında hizmete müteallik olmayıp suç oluşturduğu açıkça anlaşılan Anayasanın 137/2, TCK’nın 24/3 ve 211 sayılı Kanununun 41/2-3 maddelerindeki “konusu suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilemez, yerine getiren kimse de sorumluluktan kurtulamaz” şeklindeki düzenleme değerlendirildiğinde; emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından yasaklanmadığı, hukuka uygunluk veya kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılmadığı anlaşılan olayda, sanıkların TCK’nın 30/1-4 maddesi bağlamında bir hata içinde olduklarının kabulüne imkan bulunmadığı” sonucuna varmıştır<sup>112</sup>.

### 3. Haksızlık Hatası

Haksızlık hatasında fail, işlediği fiilin toplumsal düzeni korumayı amaçlayan sosyal veya hukuksal kurallara aykırı düştüğü bilincinde değildir<sup>113</sup>. Haksızlık yanılığı, doğrudan haksızlık yanılığı (hukuki hata) ve dolaylı haksızlık yanılığı olarak ikiye ayrılır<sup>114</sup>. Failin, fiilin suç teşkil edip etmediğini bilmemesinin, haksızlık hatası açısından bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü TCK 30/4 maddesi hükmü, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının bir istisnası olarak görülmektedir<sup>115</sup>. Bununla birlikte fiilin haksızlığı konusunda değer yargısını etkileyen kaçınılmaz hukuki hata bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>116</sup>. Dolaylı haksızlık yanılığı, failin üstün değerlere hizmet ettiği düşüncesiyle normun koruduğu değerlere zarar vermeme arzusunun olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Fail, eyleminin suç teşkil ettiğini bilse bile olayın oluş özellikleri itibariyle eylemini bir haksızlık olarak algılamaz<sup>117</sup>. Başka bir anlatımla fail, hukuk düzeninde mevcut bulunmayan bir hukuka uygunluk nedeni var saymaktadır ve hukuki sınırda ya-

<sup>112</sup> Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 21.01.2019 tarihli E. 2018/2519, K. 2019/323 sayılı kararı (Yayımlanmamıştır)

<sup>113</sup> Sözüer, Adem (1995) “Hukuki Hata”, Yargıtay Dergisi, C.21 S.4. s. 382; Koca/Üzülmöz, s. 354.

<sup>114</sup> Zafer, s. 382; Koca/Üzülmöz, s. 355.

<sup>115</sup> Zafer, s. 382; Demirel, s. 179.

<sup>116</sup> Zafer, s. 382.

<sup>117</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 901

nılgıya düşmektedir<sup>118</sup>. Her iki durumda da failin işlediği fiilin hukuka aykırı olmadığı zannıyla hareket etmesi ve hatasının kaçınılmaz nitelikte olması durumunda fail hatasından yararlanır<sup>119</sup>. Failinin fiilini, ahlaki, dini ve siyasi görüşleri itibarıyla haklı sayması ve hatta eylemi işlemek hususunda kendini vicdani olarak yükümlü hissetmesi haksızlık yanlısında dikkate alınmaz. Burada önemli olan failin toplumsal ve normatif olarak cezalandırılmasını anlamsız kılan bir nedenin varlığıdır<sup>120</sup>. Failin suç işlerken içinde bulunduğu şartlar, bilgi düzeyi, eğitimi, sosyal ve kültürel koşullar, hatanın kaçınılmaz olup olmadığı hususunda dikkate alınır<sup>121</sup>. Fail her türlü dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen hataya düşmekten kurtulamamış ise hatanın kaçınılmaz olduğunun kabulü gerekir<sup>122</sup>. Failin haksızlık içeriği konusunda hataya düşmesi resmi makamların kararına veya açıklamalarına dayanıyorsa kaçınılmaz bir hatanın varlığından söz edilebilir<sup>123</sup>.

Yargıtay 16.Ceza Dairesi konuyu değerlendirdiği bir kararında<sup>124</sup> verilen emrin objektif olarak suç teşkil edip etmediği hususunda olayın özellikleri, sanığın bilgi düzeyi, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgular üzerinde durmuştur. Bu ölçütlere göre yapılacak değerlendirme sonucunda failin emrin objektif olarak suç teşkil ettiğini anlayabileceği durumlarda kaçınılmaz bir hatanın varlığından söz edilemez. Söz konusu kararda Yargıtay "*Sıkıyönetim Direktifi*" konulu emir ve eklerini aldıktan sonra bağlı bulunan Jandarma Komando Alay Komutanlığına dijital ortamda, Erzurum'da bulunan Dumlu Jandarma Özel Hareket Tabur Komutanlığına ise faks ile gönderilmesi talimatı veren ve gönderten, bölge komutanlığı dışında bulunan özel hareket taburu ve askeri personelden izinli olanlar dahil tüm tabur personelini çok ivedi kaydıyla aramak suretiyle birliğe çağırarak getiren, Bölge Komutanlığı nezdinde bulunan tüm personeli hücum yeleği ve teçhizatlı olarak harekete geçmeye hazır halde bulunduran, Erzurum Garnizon komutanının söz konusu sıkıyönetim direktifi konulu emirden haberdar olması üzerine saat 23:00'dan sonra bağlı birlik komutanlarını arayarak söz konusu emre uyulmaması, emir ve komutanın halen kendisinde olduğu ve herhangi bir yasadışı harekete kalkışılmaması gerektiği yönünde emir veren ve Tümgeneralin de sanığı ikna etmeye

<sup>118</sup> Göktürk, s. 22.

<sup>119</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 901.

<sup>120</sup> Zafer, s. 384.

<sup>121</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 901; Zafer, s. 382; Demirel, s. 181.

<sup>122</sup> Zafer, s. 380.

<sup>123</sup> Zafer, s. 384.

<sup>124</sup> Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 14.07.2017 tarih ve E.2017/1443, K.2017/4758 sayılı kararı, <www.kazanci.com> s.e.t. 02.09.2019.

*çalışmasına rağmen emre uymayı reddedip; “Siz Jandarma Genel Komutanlığı emrine atandınız.” diyerek pasif göreve çekildiğini, bu sebeple kendisine emir veremeyeceğini söyleyen sanık Jandarma Bölge Komutanlığı'nda Kurmay Başkanı olarak görev yapan Kurmay Albay sanığın, izin tarihlerini ve asıl yetkili komutan bulunmadığı sırada suç tarihinden bir gün önce düzenlenen nöbet değişikliği formu ile nöbetini ısrarları sonucu değiştiren, sıkıyönetim direktifi konulu yazıyı haber merkezi personeli tanık uzman çavuştan teslim aldıktan sonra diğer sanığı arayarak O'nun emri doğrultusunda araç gönderip evinden aldırıp, kışla dışında olan personelle de iletişime geçerek kışlaya çağırılmalarını temin eden, darbenin aktif olarak yaşandığı saatlerde silahlı ve tam teçhizatlı şekilde sanığın odasında olan, sanığın bertaraf edilmesi girişimine ilk karşı koyacak biçimde emir ve talimatlarına uyararak hareket eden, teknik özellikleri, indirilmesi, dahil olunması ve kullanılması itibarıyla münhasıran FETÖ/PDY örgüt mensuplarınca kullanıldığı tespit edilen BYLOCK iletişim sistemini yoğun olarak kullandığı anlaşılan Jandarma Bölge Komutanlığı'nda Kurmay Binbaşı olarak görev yapan sanığın, Anayasanın 122. maddesinde düzenlenen usule aykırı olduğu açıkça anlaşılan ve askeri hiyerarşi zincirine uymayan, mahiyeti itibarıyla de anayasal düzene karşı silahlı teşebbüs suçunu teşkil ettiği ülke genelinde objektif olarak anlaşılan "Sıkıyönetim Direktifi" konulu emrin gereğini icra yönünden, bilgi düzeyi olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgular nazara alındığında TCK'nın 30/4 maddesi bağlamında kaçınılmaz bir hata içinde olduklarının kabulüne imkan bulunmadığı” sonucuna varmıştır.*

## SONUÇ

Suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumluluğu hususunda esas itibarıyla iki görüşün varlığından söz edilebilir. Bir görüşe göre emri yerine getiren, amirin emrini yerine getirmek zorunda olduğundan hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz. İkinci görüşe göre ise, memurun amire itaat yükümlülüğü hukuk kurallarıyla sınırlandığından her türlü emre riayet, emri yerine getireni sorumluluktan kurtarmaz. Her iki görüşün de bir kısım sakıncaları bulunduğundan kanun koyucu tarafından karma bir çözümün tercih edildiğini söylemek mümkündür.

Kural olarak suç teşkil eden bir emir söz konusu olduğunda, emri veren ile emri yerine getirenin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Emri yerine getirenin sorumluluğu hususunda iki istisna düşünülebilir. Bunlardan birincisi, fiil objektif olarak suç etmekle birlikte emri yerine getiren meşru bir fiil icra ettiğini düşüne-



rek hareket etmesidir. Bu durumda fiili hata nedeniyle failin kastından ve geniş anlamı ile kusurluluğundan söz edilemeyeceğinden sorumlu tutulamaz. İkinci istisna, emri yerine getirenlerin amirlerine karşı daha sıkı bir itaatle yükümlü olmaları nedeniyle emrin içeriğini kontrol edememesi halidir. Bu halde suç teşkil etse bile, emrin yerine getirilmesi hususunda yasal bir yükümlülük bulunduğundan, emri yerine getirene sorumluluk yüklenmez.

Mevcut hukuki düzenlemeler açısından bakıldığında suç teşkil eden emri yerine getirenin, sorumlu olacağına genel bir ilke olarak kabul edildiği görülmektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 137 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla kanunla istisna getirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Türk Ceza Kanunu'nda ise emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir. (TCK m.24/3). Yine Devlet Memurlar Kanunu'nun 11 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre, acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla kurala kanunla istisna getirilebilecektir. Her üç maddenin yazım tekniğine bakıldığında, açık bir istisna hükmünden söz etmek mümkün değildir. Burada da istisnanın var olup olmadığının tespiti için diğer kanun hükümlerine bakıp, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellenip engellenmediğine veya kurala açıkça istisna getirilip getirilmediğine bakmak gerekecektir. Ancak kanunlarda bu nitelikte bir istisna hükmüne yer verilmemiştir.

Askeri hizmetler açısından suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi konusunda bir kısım nüansların varlığından söz edilebilir. Çünkü askeri hizmetlerde hiyerarşik bağlılık ve astın üstte itaat yükümlülüğü daha katı bir şekilde düzenlenmiştir. Kural olarak, hizmete ilişkin hususlarda verilen emir suç teşkil ederse emri yerine getiren sorumlu tutulmaz. Sadece suç işlenmesi hususunda emri veren sorumlu olur. Bununla birlikte bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle emrin hizmete ilişkin olması gerekir. O nedenle ast, amirinden veya kanun ve nizamla göre emir vermeye yetkili olduğu hallerde üstünden aldığı emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştırmalı ve eğer emir hizmete ilişkin değilse yerine getirmekten kaçınmalıdır. Aksi takdirde sorumlu olur.

Emrin hizmete ilişkin olması durumunda suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumlu olmayacağına dair kuralın iki istisna bulunmaktadır (Askeri Ceza Kanunu m.41/2). İki halde de, emir hizmete ilişkin olsa bile, emir suç teşkil edi-

yorsa emri yerine getiren de sorumlu tutulur. Bunlardan birinci madunun yani astın verilen emrin hudutlarını aşması, ikinci ise amirin emrinin adli ve askeri bir suç kastını ihtiva eden bir fiile ilişkin olduğunun madun tarafından bilinmesi halidir. Bu hallerde emri yerine getiren sorumlu tutulur ve emri verenle birlikte müşterek fail olarak cezalandırılır.

İlk bakışta Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesinin, Türk Ceza Kanununun genel hükümlerine aykırılığı nedeniyle halen yürürlükte olmadığı ileri sürülebilir. Ancak hükmün içeriği tetkik edildiğinde TCK'nın genel hükümlerine herhangi bir aykırılığın olmadığı görülecektir. Kanaatimizce Anayasa'nın 137 nci maddesinde suç teşkil eden emrin ifasında askeri hizmetlere ilişkin istisna getirilebileceğine dair hüküm ile Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında yer alan emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği durumlarda sadece emri verenin sorumlu tutulabileceğine ilişkin hüküm dikkate alındığında Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesinin, Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesine aykırılığından söz etmek mümkün değildir. Esasında 41 inci madde hükmü bir bütün olarak değerlendirildiğinde, suç teşkil eden emri yerine getirenin ancak bu emrin suç olduğunu bilmemesi bir başka deyişle hataya düşmesi halinde sorumlu tutulamayacağını öngörmektedir ki bu durum TCK'daki hata hallerine ilişkin hükümlerle de uyumluluk arz etmektedir.

Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi hususunda emri yerine getiren hataya düşmüş olabilir. Öncelikle şu hususu ifade etmek gerekir ki kanunda açıkça aykırı olan ve suç teşkil ettiği hususunda objektif olarak şüphe bulunmayan hallerde hatadan söz etmek mümkün değildir. Bununla birlikte hukuka aykırı olup olmadığı objektif olarak derhal anlaşılmayan az çok incelemeye ihtiyaç gösterilen durumlarda meseleyi sübjektif noktadan yani amir ile memur arasındaki ilişkiler bakımından da irdelemek gerekir. Amir ile memur arasındaki ilişki bakımından konu irdelendiğinde emri alanın kişiliği, ruh hali, hiyerarşik olarak itaat yükümlülüğü, amirin öteden beri verdiği emirlerin kanuna uygun olacağı hususundaki zan ve telakkisi nedeniyle memur, emrin hukuka aykırılığı hususunda hiçbir şüphe duymamış ve emrin hukuka uygun olduğu düşüncesiyle yerine getirmiş olabilir. Böyle durumlarda hatanın varlığından söz edilebilir. Özellikle askeri hizmetlerdeki itaat yükümlülüğünün kapsamı ve hizmetin niteliği de dikkate alındığında hata hallerinin diğer kamu hizmetlerine oranla görece olarak fazla olabileceğini söylemek mümkündür.

## KAYNAKÇA

- Değirmenci, Olgun** (2014) Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Demirağ, Fahrettin** (2016) Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Demirbaş, Timur** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İzmir, Seçkin Yayınevi.
- Demirel, Muhammed** (2014) Amirin Emri, Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1969) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, 4. Baskı, 2. Cilt, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Erem, Faruk** (1962) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Ajans Türk Matbaası.
- Erem, Faruk** (1966) Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Erman, Sahir** (1983) Askeri Ceza Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Giritli, İsmet** (1970) İdare Hukuku, Amme İdaresi Teşkilatı Amme İdaresi Personeli, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Göktürk, Neslihan** (2014) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılığın Hukuki Niteliği, Ceza Hukuku Dergisi, S. 26, s. 7-30.
- Günel, H.Yılmaz** (1965) "Amirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi", AÜSBFD, C. 20, S. 2.
- Günel, H.Yılmaz** (1967) Yetkili Mercinin Emrini İfa, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını.
- Günel, H.Yılmaz** (1967) "Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk", AÜSBFD, C. 22 S. 4.
- Güngör, Devrim** (2007) Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Hafizoğulları, Zeki** (2008) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık.
- Hakeri, Hakan**, (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- İçel, Kayıhan** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul, Beta Yayınları.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Majno** (1977) Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, 1. Baskı, C.1, Ankara, Yargıtay Yayınları.
- Özen, Mustafa** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Özgenç, İzzet** (1996) Askeri Hiyerarşide Emirlerin Bağlayıcılığı ve Bunun Hukuki Sonuçları, Personel Okulu ve Eğitim Merkez Komutanlığı 1996 Yılı Seminerleri, 1. Baskı, Konya, Personel Okulu ve Eğitim Merkez Komutanlığı Yayını, s. 105 vd.

- Onar, Siddik Sami** (1952) İdare Hukuku'nun Umumi Esasları, 1. Baskı, İstanbul, Maarif Matbaası.
- Polatcan, İsmet** (1997) Açıklamalı- İçtihatlı Askeri Ceza Kanunu, 1. Baskı, İstanbul, Melisa Matbaacılık.
- Soyaslan, Doğan** (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Sözüer, Adem/Erman, R. Barış** (2001) Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1. Baskı, İstanbul, Adalet Yüksek Okulu 20.Yıl Armağanı.
- Sözüer, Adem** (1995) "Hukuki Hata", Yargıtay Dergisi, C.21 S.4.
- Şen, Ersan** (2009) Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Taner, Tahir** (1953) Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Taşkın, Rıfat** (1943) Milli Müdafaa Hukuku ve Devletler Harp Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Hukuk İlmini Yayma Kurumu.
- Türk Hukuk Kurumu** (1944) Türk Hukuk Lügatı, 1. Baskı, Ankara, Maarif Matbaası.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa** (2014) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yüceer, Bila** (1986) Askerlikte Emir Müessesesi, 1. Baskı, Ankara, Nüve Matbaası.
- Zafer, Hamide** (2015) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Zanobini, Guido** (1945) İdare Hukuku (Umumi İtibariyle İdari Nizam), 1. Baskı, 1. Cilt, İstanbul, M. Sadık Kağıtçı Matbaası.
- Zeynep, T. Kangal** (2012) Askeri Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

## DEVLET BAŞKANININ ANAYASAL DÖNEM SINIRINI UZATAN YA DA ORTADAN KALDIRAN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ANAYASA DEĞİŞTİRME İKTİDARININ KÖTÜYE KULLANILMASI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

*“Bu günlerde sadece iki dönem yapmak moda oldu çünkü insanlar ne kadar iyi olduğunuzu önemsememeye, bir lideri iki dönem çekmenin yeterli olduğuna inanmaya başladı.”* (John Kufuor, eski Gana Devlet Başkanı, 2013)

**Arş. Gör. Ahmet EKİNCİ\***

**Arş. Gör. Aslıhan KAPLAN ARIK\*\***

### ÖZET

Bu çalışma, başkanlık dönem sınırlarını genişleten veya kaldıran anayasa değişikliklerini, anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması bağlamında incelemektedir. Modern liberal demokrasilerde norm, başkanlar halk tarafından seçilse bile, onları dönem sınırları vasıtasıyla sınırlamaktır. Dahası, ampirik veriler ve karşılaştırmalı ülke örnekleri sayesinde anlaşılmaktadır ki dönem sınırları sürdürülebilir bir demokrasi için gerekliliktir. Bununla birlikte, bazı ülkelerde, başkanlar, dönem sınırını genişleten ya da yürürlükten kaldıran anayasa değişikliklerini teşvik etmektedir. Bu ülkelerin liderleri, sınırsız tekrar seçilmenin demokrasiye uygun olduğunu savunmuştur. Bununla birlikte, bu çabanın ardındaki fikir, demokratik ve liberal bir anayasal fikrin yerine popülizm ve otoriter bir yönetim arzusuna dayanır çünkü bu çaba belirli bir kişiyi iktidarda tutmayı amaçlar. Bundan dolayı da demokratik değerler ile bağdaşmaz. Sonuç olarak bu anayasa değişiklikleri, çoğu zaman anayasacılık yöntemleri kullanılarak anayasayı ihlal etmek anlamına gelir. Yani anayasayı değiştirme iktidarının kötüye kullanılmasını faaliyetleridir. Çalışmamızda öncelikle, başkanlık dönemine sınır koymanın niçin kuvvetler ayrılığı, temel hak ve özgürlükler ve demokrasiden oluşan anayasacılık için bir gereklilik olduğunu inceledik. Akabinde ampirik veriler ışığında hangi anayasayı değiştirme yöntemlerinin başkanın görev süresi üzerindeki sınırları kaldırmak amacıyla kullanıldığını ampirik veri ışığında tahlil ettik.

**Anahtar Kelimeler:** Görev sınırı, başkanın görevde kalma arzusu, anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması, demokrasi, anayasa değişikliği, tali kurucu iktidar.

\* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi [ahmet.ekinci@hbv.edu.tr](mailto:ahmet.ekinci@hbv.edu.tr), ORCID ID: 0000-0003-0803-6449 (Geliş Tarihi: 14.10.2019-Kabul Tarihi: 24.01.2020).

\*\* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, [aslihan.kaplanarik@hbv.edu.tr](mailto:aslihan.kaplanarik@hbv.edu.tr), ORCID ID: 0000-0003-1234-3804 (Geliş Tarihi: 14.10.2019-Kabul Tarihi: 24.01.2020).

## AN EVALUATION OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS THAT EXTENDS OR ABOLISHES THE PRESIDENTIAL TERM LIMITS FROM THE PRESPECTIVE OF ABUSIVE CONSTITUTIONALISM

### ABSTRACT

This study examines the constitutional amendments that extend or derogate the presidential term limit with regards to abuse of constitutional amendment power. In modern liberal democracies, the general norm is to restrain through the presidents term limits even if they are elected by the people. Moreover, it seems by virtue of empirical data and comparative country examples that the term limits are necessary for a sustainable democracy. However, in some countries, presidents encouraged constitutional amendments which aimed to derogate or extend the term limits. The leaders of these countries have defended that unrestrained re-election complies with democracy. However, the idea behind this endeavour usually be based on populism and an autocratic ruling desire rather than a democratic and liberal constitutional idea, because it aims to hold a particular person on power. Therefore it is not compatible with democratic values. As a result, these constitutional amendments mostly mean to violate the constitutions by using constitutional methods. So, they are the practices of abusing of the power to make the constitutional amendment. In our study, initially, we examined why to put a limit on the presidential term is a necessity for constitutionalism which comprises of separation of powers, democracy and fundamental rights. Then we investigated which constitutional amending methods are used to remove the restrictions on the presidential terms in the light of empirical data.

**Keywords:** Term limit, the president's desire to stay on office, abusive constitutionalism, abusing of the power to make constitutional amendment, constitutional amendment, derivative constituent power

## GİRİŞ

ABD başkanı Obama, 2015 yılında Afrika Birliği (*African Union*) toplantısında yaptığı bir konuşmasında şu ifadeleri kullanmaktadır: “(Görevimin) ikinci dönemimdeyim. ABD Başkanı olarak hizmet etmek benim için olağanüstü bir imtiyazdı. Daha ilgili çekici veya daha büyük onur veren başka bir iş hayal edemiyorum. İşime aşığım. Fakat Anayasamıza göre tekrar aday olamam. Aslında çok iyi bir başkan olduğumu düşünüyorum. Eğer tekrar aday olursam yine kazanırım diye düşünüyorum. Fakat yapamam. Amerika’yı daha da ilerletmek için yapmak istediğim çok şey var. Kanun kanundur ve kimse kanunun üstünde değil. Başkan bile...<sup>1</sup>”

Bu konuşma metni ilk kez dinlendiğinde, görevini terk etmek üzere olan bir ABD başkanının hüzünlü veda konuşması ile karşılaşmaktayız. Ancak konuşmanın yeri ve bağlamı titizlikle incelenmelidir. Zira konuşma, çoğunluğunu yeni sayılabilecek, demokrasisi henüz tam anlamıyla konsolide olmamış ülkelerin oluşturduğu Afrika Birliği’nde, Afrikalı liderlere karşı gerçekleştirilmektedir. ABD başkanı, hitap ettiği liderlerin görevde kalma arzularının farkındadır ve onlara anayasal sınırlara riayet etmeleri yönünde telkinde bulunmaktadır. Peki, ABD başkanı kendisinde neden bu şekilde bir telkinde bulunmak için bir teşvik hissetmektedir?

80’li yılların başlarından itibaren Latin Amerika, Doğu Avrupa ve Afrika coğrafyasında pek çok devlet, ya ilk kez ya da uzun bir otokrasi döneminin ardından tekrar, demokrasi tecrübesini yaşamıştır. Totaliter veya otoriter bir rejimi müteakip kurulan bu yeni rejimlerde demokrasi tecrübesi oldukça sınırlıdır. Bu ülkelerde yeni diktatörlerin yeşermesini engellemek adına anayasalarda başkanlar<sup>2</sup> için dönem sınırı öngörülmüştür<sup>3</sup>. Elbette dönem sınırının niteliği, ülkeden ülkeye farklılaşmaktadır. Devlet başkanı, kimi devletlerde yalnızca bir kez seçilebilmekteyken kimisinde art arda iki kez seçilme ya da anayasal süresini doldurduktan sonra<sup>4</sup> belirli bir süre için bekledikten sonra tekrar aday olabilmektedir. Ancak genel kabul, devlet başkanlarının görev süresinin bir sınırı

<sup>1</sup> Konuşmayı dinlemek için Bkz. **BBC News**, “Obama: Nobody should be president for life”, <<https://www.youtube.com/watch?v=sjaY6ybk178>>, l.a.d.12.10.2019.

FRANCE24, <<https://www.youtube.com/watch?v=RE7X7Z0L-ek&t=11s>>, l.a.d.14.9.2019.

<sup>2</sup> Çalışma içerisinde başkanlık sistemi ve yarı başkanlık sisteminin cari olduğu hükümet sistemlerine ilişkin örnekler mevcuttur. Çalışma, halk tarafından seçilen ve yürütmeye hâkim olan devlet başkanlarına yönelmektedir. Çalışma, parlamenter sistemlere odaklanmamaktadır. Parlamenter sistemlerdeki görev sınırı sorunu ayrı bir çalışma ile ele alınmalıdır. Bu kapsamda her iki sistemde de halk tarafından seçilen ve yürütmeye hâkim olan kişileri nitelemek adına “devlet başkanı” ve “başkan” kavramları tercih edilmiştir.

<sup>3</sup> Dönem sınırı, bir başkanın en fazla kaç kez bu göreve seçilebileceğini ifade eder.

<sup>4</sup> Görev süresi, dar anlamda bir başkanın seçildiği dönem içerisinde görevde kalacağı süreyi ifade eder. Geniş anlamda ise görev süresi, başkanın anayasal olarak başkanlık makamında icra edebileceği maksimum süreyi ifade etmektedir.

olmasıdır. Bu dönem sınırları, süresi dolan devlet başkanının artık bu görevden “emekli” olması anlamına gelmektedir. Böylece devlet başkanlığı makamında meydana gelecek değişim sayesinde kimse bu makamın asıl sahibinin halk olduğunu unutmazdır.

Yeni demokrasilerinin pek çoğunda bu makamı elde eden devlet başkanlarının önemli bir kısmı, bu kurala riayet etmiştir. Bununla birlikte azımsanmayacak bir kısmı ise görevde kalmaya devam etmenin yollarını aramaktadır. Bu arayış ise genelde başkanlar lehine sonuçlanmaktadır. 1996’da Fujimori (Peru), 2009’da Chavez (Venezuela), 2013’te Correa (Ekvador), 2014’de Ortega (Nikaragua), 2015’te Nkurunziza (Burundi), Paul Kagame (Ruanda) ve Morales (Bolivya), 2017’de Denis Sassou-Ngueso (Congo-Brazzaville), anayasal süre sınırını ya tamamen kaldırmayı ya da üçüncü bir dönem için görevde kalmayı başarmışlardır. Bu başarıları ise bir uzlaşma ile değil, dayatma olarak adlandırılabilir. Ancak bunlar çalışmamızın kapsamı dışındadır. Anayasal yöntemler ise çeşitlilik gösterebilmektedir. *Yeni anayasa yapmak, hükümet sistemini değiştirmek, görev süresi sınırı ile ilgili hükümleri değiştirmek ya da bu kararı yüksek yargı organlarının almasını sağlamak* bu yöntemlerden biri olabilir. Her ne olursa olsun bu yöntemlerin tek bir amacı vardır; o da *mevcut devlet başkanının görevde kalma süresini uzatmaktır*. İşte Obama’nın söz konusu konuşması da bu ihtirası hedef almaktadır. Konuşma, mevcut anayasal sınırlara saygı göstermenin anayasal demokrasinin bir gereği olduğu ve söz konusu ülkelerin ancak bu şekilde demokratik toplumlar ailesinin saygın birer üyesi olabileceği mesajını vermektedir.

Anayasal düşünce, belirli temeller üzerine inşa edilir. Bunlar *kuvvetler ayrılığı, temel hak ve özgürlüklerin korunması, liberal demokrasinin inşasıdır*. Devlet başkanı için öngörülen görev sınırı ise tam da bu üç hususun korunmasını amaçlar. Zira Latin Amerika halklarının kurtarıcısı (*libertador*) Bolívar’ın ifadesiyle görevde uzun süre kalan bir lider, kendisini monark olarak hissetmeye başlar. Halk artık ona itaat etmeye, o ise onlara emirler vermeye alışacaktır. Burada ise sömürü ve tiranlığın kaynakları bulunmaktadır<sup>5</sup>. Bu durumdaki bir devlet başkanı, uzun süre devletin önemli makamlarına yaptığı atamalar sayesinde bürokrasiyi, akabinde ise yasama ve yargıyı baskılayarak *kuvvetler ayrılığı*

<sup>5</sup> Ginsburg, Tom/Melton, James/Elkins, Zachary (2011) “On the Evasion of Executive Term Limits”, William and Mary Law Review, Vol: 52, No: 6, 2011, p. 1819-1820.



*ilkesini* ihlal edecektir. Keyfi uygulamaları ve “emirleri” vasıtasıyla ise *temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin* baş aktörü olacaktır. İlaveten her seçimde devlet imkânlarını kullanmak ve/veya muhalefet partileri ile adaylarını baskılamak suretiyle görevde kalmaya devam edecek, böylelikle de *liberal demokraside* tami-ri güç bir zarar meydana getirecektir. İşte tam da bu nedenledir ki devlet başkanlarının görevde kalmak amacı ve bu amaçla gerçekleştirdiği anayasal yöntemler, anayasacılık düşüncesi ve kurucu iktidarın kurmayı arzuladığı sistemin aleyhine işlemektedir. Bu anayasal yöntemlerle oluşturulan anayasalar dışarıdan bakıldığında her ne kadar demokratik ve liberal demokrasinin unsurlarını taşıyor olarak gözüke de, bu yapılan anayasa değişikliği, literatürde “suistimalci anayasacılık” (*abusive constitutionalism*) olarak ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Suistimalci anayasacılık (*abusive constitutionalism*), anayasal değişim mekanizmalarının demokrasiyi tahrip etmek amacıyla ya mevcut (yürürlükteki) anayasada değişiklik yapılmasını ya da mevcut anayasanın yeni bir anayasa ile değiştirilmesi amacıyla kullanılmasını içerir. Artık demokrasiyi ortadan kaldırmak amacıyla yıllardır kullanılan askeri darbe veya devrim gibi yöntemler günümüzde önemini kaybetmiş, otoriter ve yarı-otoriter rejim kurmak için artık anayasal araçların kullanılması giderek yaygınlık kazanmıştır. Bu anayasal araçları ise iktidardaki güçlü başkanlar ve partiler, anayasal değişmeyi, onları görevlerinden almayı çok güçleştirecek ve onların iktidarlarını kullanılmasını denetlemeye yönelik mahkemeler gibi kurumları etkisiz hâle getirecek şekilde kullanmaktadırlar. Bu şekilde yapılan anayasalar ise demokratikmiş gibi görünse de esasen demokratik düzeni yok etmek için tasarlanmışlardır. Yani artık demokratik düzen anayasal araçlarla ortadan kaldırılmaya çalışılmakta ve anayasa ile kurucu iktidarın vermiş olduğu anayasa değiştirme yetkisi kötüye kullanılmaktadır. Öncelikle kavram Türkçeye suistimalci anayasacılık olarak çevrilmiş olsa da makalede bu kavramın kullanılması tercih edilmemektedir. Çünkü anayasacılık, devlet iktidarını sınırlandırmak, denetlemek ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak amacıyla yapılan bir faaliyettir<sup>7</sup>. Aksine devlet iktidarını genişletmek veya bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmak amacıyla yapılan girişimler anayasacılık faaliyeti kapsamında değerlendirilemez. Anayasa değişikliklerinin bu amaçla kullanılmasının verilen anayasa değişikliği yetkisinin her ne kadar anayasacılık kelimesinin başına suistimalci kavramı konularak kötüye kullanılan ya da suistimal edilen bir durum olduğu ifade

<sup>6</sup> Bkz. Landau, David (2013) “Abusive Constitutionalism”, University of California Davis Law Review, Vol: 47, No: 1.

<sup>7</sup> Waldron, Jeremy (2012) Constitutionalism: A Skeptical View, <<https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/4/>> I.a.d. 08.01.2020.

edilmeye çalışılsa da suistimal ve anayasacılık kavramı yan yana kullanılmamalıdır. Literatürde suistimalci anayasacılık kavramı yerine Gözler, suistimal edilen şeyin anayasacılık değil anayasa değişikliği mekanizmaları olması nedeniyle “suistimalci anayasa değişikliği” kavramının kullanılabilceğini ifade etmektedir<sup>8</sup>. Biz makalemizde ise suistimal ile anayasacılık kavramının yan yana kullanılmaması gerektiği hususunu kabul etmekle birlikte bu kavram yerine demokratik düzeni ortadan kaldırmaya yönelik anayasa değişikliğini yapan iktidarın bu yetkisini kötüye kullanması hususuna vurgu yapmak amacıyla *anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması* kavramını kullanmayı tercih ettik.

Anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılmasını engellemek noktasında yargı organlarına büyük bir vazife düşmektedir. Bu vazife ise sırf görevde daha fazla kalabilmek için kuvvetler ayrılığı, demokrasi ve temel hak ve özgürlükler pahasına anayasa değişikliği gerçekleştirmeye yönelen muvakkat bir iktidar karşısında anayasal kurumları ve kurucu iktidarın iradesini korumaktır. Bu ise görüldüğünden daha güç ve tatbiki zor bir görevdir. Zira bunun için öncelikle yargı bağımsızlığının tesis edilmiş olması ve mahkeme kararlarının hukuken ve madden bağlayıcı olduğunun içselleştirilmiş olması gerekir.

Çalışmamızın amacı, devlet başkanlarının görevde kalmak için başvurduğu anayasal yöntemlerin tespit edilmesi ve bu yöntemler karşısında, yüksek yargının iktidarı sınırlandırmak için başvurabileceği anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması anlayışının incelenmesidir. Bu nedenle çalışma iki kısma ayrılmıştır. İlk kısmında, görev sınırının mantığı ve gerekliliği, devlet başkanlarını görevde kalmaya teşvik eden sebepler ile dönem sınırının farklı anayasal görünüşleri incelenmiştir. Çalışma, başkanın bir dönemlik görev süresinin en optimal uzunluğu (dört yıl ya da beş yıl) ya da kaç dönem görev yapmasına izin verilmesi gerektiği (tek dönem ya da iki dönem) ile ilgilenmektedir. Zira çalışmanın amacı başkanın anayasal sınırlarına riayet edip etmediğidir. Bu nedenle çalışmadaki ülke incelemeleri yalnızca bilgilendirme amaçlıdır. Çalışmanın ikinci kısmında ise anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması faaliyeti kapsamında devlet başkanının görevde kalmak arzusunun hangi anayasal yöntemler vasıtasıyla hayata geçirdiği tahkik edilecektir. Bu kapsamda *yeni anayasa yapmak, hükümet sistemini değiştirmek, görev sınırı ile ilgili hükmü değiştirmek ve yüksek mahkemelerin bu doktrini başkanın görevde kalma arzusuna hizmet eder şekilde kullanılması* olarak etraflıca incelenecektir.

<sup>8</sup> **Gözler, Kemal** (2016) “1982 Anayasası Halâ Yürürlükte Mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4)”, <<http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>> s.e.t. 08.01.2020, p.45.

## I. BAŞKANLARIN GÖREVE KALMA ARZUSU VE DÖNEM SINIRI

### A. BAŞKANLARIN GÖREV SÜRESİNE SINIRLANDIRMA GETİRMENİN TEORİK GEREKÇELERİ

Demokrasinin en hayati karakteri, düzenli olarak icra edilen seçimler vasıtasıyla, iktidarda meydana gelen değişimdir. Bu sayede bir kişi, hayatı boyunca hem yönetici hem de yönetilen olacaktır. Böylece herkes devletin idaresine katılmış olacaktır. Bu düşüncenin Antik Yunan ve Antik Roma dönemlerinde uygulandığı ve yöneticilerin görev sürelerine sınırlar getirildiği görülmektedir<sup>9</sup>.Günümüzde de başkanlık ve yarı başkanlık olarak kabul edilen ülkeler arasında bu sınırı açıkça reddeden ülkelerin oranının %10 olduğu ifade edilmektedir<sup>10</sup>. Dolayısıyla başkanın görev süresine sınır getirmek, kuvvetler ayrılığını benimsemiş modern demokrasiler için norm haline gelmiştir. Modern dönem demokrasiler bakımından ise görev sınırı hakkındaki tartışmaların ABD'nin Kurucu Babalarından Hamilton ve Jefferson arasındaki görüş ayrılıkları çerçevesinde yeniden hararetlendiği görülmektedir<sup>11</sup>.

Hamilton, devlet başkanının görev süresi üzerinde bir sınırlandırma olmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Ona göre her lider, sefî tarafından gerçekleştirilen işlemlere ön yargı ile yaklaşır. Zira o artık popüler değildir, bu nedenle seçilememiştir. Yeni başkan, eski başkan tarafından yapılan atamaları ve destek görmeyen işlemleri değiştirilmelidir ki kendisinin ona benzemeyeceğini ispat etsin. Bu ise idare yapısında değişme demektir. Buradan hareketle Hamilton, idarî sistemin istikrarı ile yürütmenin görev süresi arasında bir

<sup>9</sup> Yunan şehir devletlerinin bazılarında seçimler vasıtasıyla göreve gelen kişilerin sadece yılın onda birinde bu görevde kalması öngörülmüştür. Atina'da ise yürütme konseyinde (*governing council*) bir kişi hayatı boyunca iki yıldan fazla görev alamazdı. Bunun mantığı ise bir kişinin hem yönetici hem de yönetilen olmasını sağlamaktır. Keza milattan önce 7. yüzyılda, bir başkan şehir devleti Drosos-on-Crete'de, devletin baş yöneticisi (*chiefmagistrate*) olan *Kosmos*, olarak görev yapacak kişiler için görev sınırı getiren kurallar yazılmaktaydı. Buna göre 10 yıl görev yapan bir *Kosmos*, aynı göreve tekrar seçilebilmek için en az 10 yıl beklemekteydi. Tekrar bu göreve seçilmesine ise polis karar verebilirdi. Antik Roma'da (MÖ 509-MS 29) ise seçilen görevliler için özel bir görev süresi sınırı öngörüldüğü görülmektedir. Bu dönem boyunca Cumhuriyet'in başları olan *Consul*'ün iki görevlisi en fazla bir yıl için seçilmekteydi. Ayrıca Antik Roma'da diğer devlet görevlileri için de görev sınırları öngörülmüştü. Şüphesiz her iki medeniyetin de aynı yönde düzenlemeler yapmasındaki amaç, belirli kişilerin çok fazla güç kazanmasını ve tiranlaşmasını engellemektir. Bkz. **Ginsburg/Melton/Elkins**, 1818-1819; **Eze, Kevin** (2016) "The Efficacy of Presidential Term Limits", Discussion Papers, Mandela Institute for Development Studies Youth Dialogue, Tanzania, p. 7-8.

<sup>10</sup> **Ginsburg/Melton/Elkins**, s. 1836 Bazı ülkelerde ise başkanlara ömür boyu başkanlık verildiği görülmektedir. Kazakistan'da Nazarbayev ya da Yugoslavya'da Tito bunlardan bazılarıdır. s. 1838.

<sup>11</sup> ABD kurucularının başkanın görev süresi ile ilgili ilk planı, başkanın tek bir dönem için ve yedi yıl süreyle seçilmesi idi. Anayasa Konvansiyonunun sonlarına kadar bu hüküm yerini korumuştur. Bu ise uzun tartışmalara konu olmuştur. Bkz. **Ginsburg/Melton/Elkins**, p. 1819.

ilişki olduğunu ortaya koymaktadır<sup>12</sup>. İstikrarın sürmesi amacıyla, görevlinin seçilmesi önünde bir sınırlandırma olmaması gerekmektedir. Bir kere başkana görevinde bir dönem verilmelidir ki becerilerini ortaya çıkarabilsin. Bu sayede halk da başkanı iş ve işlemleri dolayısıyla sınama imkânı bulur. Eğer ki beğenirse de bu görevliyi tekrar seçebilir. Kaldı ki yazara göre başkanın tekrar seçilemeyecek olmasının pek çok tehlikeleri bulunmaktadır<sup>13</sup>. Bununla birlikte Hamilton'un bu tezine karşı hem teorik hem de pratik nedenlere dayanan bazı argümanlar ileri sürülmüştür. Bu argümanlar, günümüzde görev sınırının teorik temellerini oluşturmaktadır.

### 1. Görev Sınırı Hükümet Sisteminin Bir Gereğidir.

Bir kere, süre sınırı hükümet sisteminin bir sonucudur. Parlamenter sistemlerde başbakan için öngörülmüş bir süre sınırı bulunmamaktadır. Ancak başbakan, görevine devam etmek için her daim parlamentonun güvenine sahip olmalıdır. Bu nedenle süre sınırının öngördüğünden daha büyük bir denetimin sağlandığı ifade edilebilir. Bununla birlikte devlet başkanlarının halk tarafından seçildiği sistemlerde, başkan, parlamentoya karşı siyasi olarak sorumlu değildir. Zira kuvvetler birbirinden ayrıdır. Bu da sisteme belli ölçüde bir katılık (*rigidity*) sağlamaktadır<sup>14</sup>. Başkanın görevinde devam edebilmesi için, kendisine tanınmış belirli ve normal şartlarda değiştirilemez bir süre<sup>15</sup> söz

<sup>12</sup> **Hamilton, Alexander** (2008) Federalist Papers No: 72, Ed. Goldman, Lawrence, Federalist Papers, Oxford World's Classics, Oxford University Press, p. 355.

<sup>13</sup> (1) Bir kere tekrar seçilemeyecek olan bir başkan, görevini layıkıyla yapmak konusunda yeteri kadar teşviğe sahip değildir. Çok az insan vardır ki belirli bir zaman sonunda görevden alınacağını bile bile bunun sorumluluklarını yerine getirmek konusunda gayretinde bir azalma olmasın. (2) Belirli bir sürenin sonunda görevden alınacağını bilen biri, aç gözlülüğe, ayrımcılığa ve hatta sömürüye kadar giden bir şekilde makamını kendi lehine kullanmaya çalışabilir. Fakat tekrar seçilmeyi düşünen biri, açgözlü olsa bile, tekrar seçilebilmek arzusuyla bu arzusuna gem vurmaya düşünür. (3) Belirli bir süre sonunda başkanın görevini terk etmesi, görevin idaresi konusunda başkanın edindiği tecrübenin avantajından toplumun yararlanmasını engeller. Bir yöneticiden tecrübeli olması beklenir. Ancak tecrübe kazanmış bir yöneticiden ise görevi bırakmasının talep edilmesi toplumun zararlıdır. (4) Buradan hareketle, olağanüstü durumlarda, kamu menfaatinin gerektirdiği en hayati konularda tecrübeli liderlerin olmamasıdır ki her ulus belirli dönemlerde bu olağanüstü durumları tecrübe etmiştir veya edecektir. Hele ki bir savaş ya da benzeri bir durumun ortasında başkan değişikliği olması toplum için yıkıcı olacaktır. (5) Başkanların sık değişmesi, idarede sürekli değişiklik olması anlamına gelecektir. Her başkan kendi tedbirlerini ve kendi personelini istihdam etmek ister. Bu da istikrarı ortadan kaldıracaktır. Bkz. **Hamilton**, p. 355-357.

<sup>14</sup> **Shugart, Matthew Soberg/ Carey, John** (1992) Presidents and Assemblies, Constitutional Design and Electrol Dynamics, Cambridge University Press New York, p. 29; **Linz, Juan J** (1995) "Başkanlık Sisteminin Tehlikeleri", Çev. Ergun Özbudun, Demokrasinin Küresel Yükselişi, Ed. Diamon, Larry/Plattner, Marc F. Yetkin Yayınları, p. 155; **Mainwaring, Scott** (1993) "Presidentialism, Multipartyism, and Democracy: The Difficult Combination", Comparative Political Studies, p. 207-208; **Tunç, Hasan/ Yavuz, Bülent** (2009) "Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi", TBB Dergisi, Sa. 81, s. 19.

<sup>15</sup> Başkanlık sistemlerinde görev sınırı her ne kadar sabit ise de günümüzde başkanların bu süreyi tamamlamasının garanti olmadığı görülmektedir. Bu ise başkanın parlamento ile olan ilişkilerinden ya da popülaritesindeki dramatik düşüşlerden kaynaklanabilir. Detaylı bilgi için Bkz. **Ekinci, Ahmet** (2019) "Latin Amerika Ülkele-

konusudur. Böylelikle başkan, kısa dönem maliyetlerinden kurtulur ve uzun dönem planlamaları yapabilir. Ancak başkanın bir dönem sınırı ile sınırlandırılmamış olması durumunda söz konusu katılık, parlamento tarafından denetlenemeyen ve yürütme görevini sürekli işgal etme potansiyeli bulunan bir başkan figürü oluşturacaktır. Bu nedenle parlamenter sistemin aksine kuvvetler ayrılığı sistemlerinde başkan için bir dönem sınırı öngörülmesi gerekmektedir<sup>16</sup>. Kaldı ki cumhurî rejim ile idare edilen parlamenter sistemlerde dahi devlet başkanının görev süresi üzerinde sınırlar olduğu görülmektedir. Her ne kadar Cumhurbaşkanı'nın yetkileri seremonik olsa da, eğer ki halk tarafından seçilmesi kabul edilmiş ise bu sistemlerde Cumhurbaşkanı, başbakan aleyhine yetkilerini genişletmek isteyecektir<sup>17</sup>.

Başkanlık sistemi ile dönem sınırının birbiri ile özdeşleşmesi, Latin Amerika halklarının bağımsızlıklarını kazanması ile örtüşür. Zira ilk kez bu ülkelerin anayasalarıyla birlikte devlet başkanları için dönem sınırı, anayasal olarak getirilmiştir<sup>18</sup>. Bu tercihin düşünsel alt yapısı Bolivar tarafından, 1819 yılındaki Venezuela Kongresi'nde, şu şekilde ortaya konulmuştur: *Hiçbir şey, bir vatandaşın geniş bir dönem için gücü alıkoymasına izin vermekten daha tehlikeli değildir. Halk ona itaat etmeye ve o da onlara emirler vermeye alışır; Burada tiranlık ve sömürünün kaynakları bulunmaktadır... Vatandaşlarımız, haklı olarak, onları uzun süredir yönetmekte olan yöneticilerinin sonsuza dek yöneteceklerinden korkmalıdır*<sup>19</sup>.

---

rinde Başkanın Sorumluluğunu İşletmek İçin Parlamentoların Kullandığı Araçlar”, TBB Dergisi, 144. Sayı, p. 13-57.

<sup>16</sup> **Serrafero Daniel** (2010) “Reeleccion Presidencial en America Latina: Evolucion y Situacion Actual”, Comunicacion del Academico Mario D. Serrafero en Sesión Privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 25 de Agosto de 2010, Buenos Aires, p. 227-228; **Carey**, p. 123; **Zovatto, Daniel** (2014) “Reeleccion, Continuidad e Hiperpresidencialismo en America Latina”, Brookings, <<https://www.brookings.edu/es/opinions/reeleccion-continuidad-e-hiperpresidencialismo-en-america-latina/>>, I.a.d.15.9.2019; **Comisión de Venecia** (2018) Informe Sobre los Limites a la Reeleccion, Part I Presidentes, Centro de Estudios Constitucionales Tribunal Constitucional del Peru, p. 88.

<sup>17</sup> **Comisión de Venecia**, p. 87-88.

<sup>18</sup> **Maltz, Gideon** (2007) “The Case for Presidential Term Limits”, Journal of Democracy”, Vol: 18, No: 1, p. 128.

<sup>19</sup> Bununla birlikte Bolivar, 1826'da başkanlık yaptığı dönemde, ömür boyu başkanlığı savunmuş ve talep etmiştir. Zira bu şekilde siyasi ve sosyal istikrarın sağlanacağına inanmıştır. Bkz. **Baturo, Alexander** (2010) “The Stakes of Losing Office, Term Limits and Democracy”, British Journal of Political Sciences, Vol: 40, No: 3, p. 637; **Carey, John** (2003) “The Reelelection Debate in Latin America”, Latin American Politics and Society, Vol: 45, No: 1, s. 121; **Ginsburg, Melton, Elkins**, p. 1819-1820.

## 2. Görev Sınırı Kuvvetler Ayrılığı ve İnsan Haklarını Koruma İdealinin Bir Gereğidir.

Bir diğer argüman, görev süresine bir sınırlandırma getirilmeyen başkanın *tiranlık ve despotizm ile idare etmeye* çalışacağıdır<sup>20</sup>. Bu yönde Jefferson, yürütme tutkusunun önüne geçilebilmesi için dönem sınırının şart olduğunu savunmuştur<sup>21</sup>. Bir cumhuriyetin temel esasları arasında *kuvvetler ayrılığı, hükümet eylemlerinde aleniyet ve şeffaflık* yer almaktadır. Zira halkın tercihlerini özgürce yerine getirebilmesi için *temel hak ve özgürlüklerin korunması ve azınlık haklarına saygı gösterilmesi* bir ön gerekliliktir<sup>22</sup>. Ancak kendini yönetme anlayışına sahip olmayan ve cumhuriyetin erdeminden henüz bihaber olan toplumlarda *başkanın dönem sınırına sahip olmaması, tiranlık ve sömürü düzeni için en elverişli ortamlardır*.

Sistem içerisinde belirli ölçüde kurumsallaşma sağlanamamış ise sistemin işleyişi “kişiler” aracılığıyla sağlanır. Bu da zamanla iktidarın kişiselleşmesine, kişinin ise otoriterleşmesine sebebiyet verir<sup>23</sup>. Otokrat bir liderin yapacağı ilk şey, kendisini sınırlandırdığını düşündüğü devletin diğer organlarını baskılamak olacaktır. Güce erişen ve uzun süre görevde kalan bir lider, artık buradan ayrılmak istemeyecek, adeta monark benzeri bir başkan olacaktır<sup>24</sup>. Hele ki anayasal olarak sahip olduğu -atama veya kararname çıkarma gibi- önemli yetkiler de bulunmakta ise *kuvvetler ayrılığı* prensibinden esaslı bir şekilde uzaklaşılacaktır. Kuvvetler ayrılığının ortadan kalktığı ve giderek güçlenen bir otokratın olduğu sistemlerde ise özgürlükler zaten korunamaz<sup>25</sup>. Fakat etkili bir dönem sınırının öngörüldüğü sistemlerde, bu mekanizma, başkanın eylemlerini kontrol etmek için bir tedbir olarak karşımıza çıkar. Bu

<sup>20</sup> **Comisión de Venecia**, p. 88.

<sup>21</sup> Hamilton ve Jefferson arasında geçen başkanın görev süresine sınır getirilip getirilmemesi hakkındaki yoğun tartışmalar sonunda, başkanın dönem sınırı ile ilgili hüküm anayasa metninden çıkarılmıştır. Bununla birlikte ABD'nin ilk başkanı Washington, bu görevi iki kez üstlendikten sonra tekrar aday olmayarak ABD'de iki dönem kuralının gelenekleşmesine öncülük etmiştir. Franklin Roosevelt'in bu göreve üç kez seçilerek geleceği bozmasından sonra ise 1951'de bu kuralın anayasa metnine dâhil edildiği görülmektedir. Bkz. **Baturo**, p. 636-637; **Ginsburg/Melton/Elkins**, p. 1819; **Carey**, p. 121.

<sup>22</sup> **Serafero, Mario D.** (2011) “La Reeleccion Presidencial Indefnida en America Latina”, *Revista de Instituciones Ideas y Mercados*, No: 54, p. 241-242.

<sup>23</sup> Serafero, ABD ve Latin Amerika ülkelerini karşılaştırmaktadır. ABD'de başkan güçlü olmasına ve tekrar seçilebilmesine karşın, ülkenin güçlü federal sistemi, Kongre ve bağımsız yargının başkanı sınırlandırdığını ve ülkede kurumsallaşmanın gerçekleştirilmesine imkân sağladığını ifade eder. Ancak Latin Amerika ülkelerinde bu fren ve denge mekanizmalarını ya yoktur ya da gerektiği gibi işlememektedir. Bu nedenle Latin Amerika ülkeleri için sınırsız tekrar seçilme kuralının kabul edilmesi, vahim sonuçlar üretebilecektir. **Serafero**, (2011), p. 227-228; **Zovatto, Daniel** (2009) ‘La ola Releccionista en America Latina’, *La Nacion*, <<https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-ola-reeleccionista-en-america-latina-nid1161230>>, l.a.d.15.9.2019.

<sup>24</sup> **Comisión de Venecia**, p. 86; **Maltz**, p. 131; **Eze**, p. 14.

<sup>25</sup> **Serafero**, (2011), p. 241-242; **Maltz**, p. 130.

tedbir, sadece başkanın anayasal olarak sahibi olduğu geniş anayasal yetkilerin kullanılmasının hep aynı kişi tarafından kullanılmasını engellemekle kalmaz. Ayrıca etkili bir dönem sınırı, belirli bir başkanın görev süresi ile yüksek mahkemelerin yargıçları gibi diğer devlet organlarının üyeleri ile bağımsız idari otoritelerin yöneticilerinin görev sürelerinin nadiren tesadüf etmesini sağlar. Böylece başkanlar, bu yargıçların ya da yöneticilerin faaliyetlerini keyfi bir biçimde baskılamak imkânı bulamaz. Başkanın belirli bir süre sonra gidecek olması, özellikle yargı olmak üzere devletin diğer iki organının bağımsız bir şekilde görevlerini ifa etmesine imkân tanır<sup>26</sup>. *Bu sayede halk, kişilere değil kurumlara önem verecektir. Zira kişiler gidici fakat sistem ve kurumlar kalıcıdır. Erkların birbiri üzerinde kişisel arzularla baskı kurması ve kuvvetler ayrılığının ihlal edilmesi kendiliğinden engellenir*<sup>27</sup>.

Belki de bundan dolayıdır ki Bolivar'ın uyarıları, sonradan Latin Amerika'da yaşanacak olan diktatörlükler için bir ön-uyarı hüviyetine sahiptir. Zira kıta uzun yıllar boyunca diktatörlüklerden çekmiştir. Bu nedenle Latin Amerika ülkelerinin anayasal pratiği içerisinde diktatörlükler ile mücadele edebilmek için başkanlara dönem sınırı getirmek alışkanlık haline gelmiştir<sup>28</sup>. Örneğin 1853 tarihli Arjantin Anayasası'na dönem sınırı getirilmesinin ardından 1830'lar ve 1840'lardaki Juan Manuel de Rosa'nın, 1917 Meksika Anayasası'nda dönem sınırının kabul edilmesinin ardından ise Porfiro Diaz'ın iktidarları dönemindeki tecrübeler etkili olmuştur<sup>29</sup>. Bununla birlikte başkanın görevi üzerindeki sınırlandırmalar kıtanın tamamına sirayet etmiştir<sup>30</sup>. Ancak bu örnekler Latin Amerika kıtası ile de sınırlı değildir. Örneğin 90'lar ile birlikte demokratikleşme evresine giren Afrika kıtasında da, başkanlar için dönem sınırının kabul edildiği görülmektedir. Şüphesiz bu tercih, otoriter yöneticilerin acı tecrübelerine neden olan uzun dönemli başkanlıklarının bir sonucudur<sup>31</sup>.

Görev süresi üzerinde etkili bir sınır olması durumunda iktidar kişiselleşmeyecektir. Zira başkan, seçildiği anda bu görevi bırakacağını bilecektir. Bu sayede daha en baştan diktatörleşme eğilimleri göstermeyecek, ılımlı kişilerin

<sup>26</sup> Bkz. **Kolombiya Anayasa Mahkemesi Kararı** (2010), Sentencia: C-141/2010, *Başlık 6.3.6.1.1. La segunda reeleccion y los periodos de los altos dignatarios estatales.*

<sup>27</sup> **Tull, Denis M/Simons, Claudila** (2017) "The Institutionalisation of Power Revisited: Presidential Term Limits in Africa", *Africa Spectrum*, Vol: 52, No: 2, p. 90.

<sup>28</sup> **Penfold, Michael/ Corrales, Javier/Hernandez, Gonzalo** (2014) "Los Invencibles: La Reeleccion Presidencial y Los Cambios Constitucionales en America Latina", *Revista Ciencia Politica*, Vol: 34, No: 3, p. 538-539; **Serrafero**, (2010), p. 5; **Comisión de Venecia**, p. 87.

<sup>29</sup> **Maltz**, p. 131; **Carey**, p. 122 vd.

<sup>30</sup> **Carey**, p. 122 vd.

<sup>31</sup> **Tull/Simons**, p. 80.

bu görevi tercih etmesi sağlanabilecektir. Böylelikle henüz kurumsallaşmamış sistemlerin de diktatörlüğe dönüşmesi engellenmiş olacaktır<sup>32</sup>. İktidar partisi dahi, dönem sınırı sayesinde, halk tarafından bilinirliği eski başkan kadar olmayan yeni bir aday ile yarışmak zorunda kalacaktır. Bu durumda her seçim döneminde tekrar yeni politikalar üretmek ve halkın oyuna talip olmak zorunda olan iktidar partisi, demokrasi dışı yollara tevessül etmekten çekinecektir<sup>33</sup>.

### 3. Görev Sınırı Demokratik Devlet Düşüncesinin Bir Gereğidir.

Dönem sınırına karşı çıkanlar sürekli demokrasiye vurgu yapmaktadır. Demokrasinin halkın istediği kişileri iktidara taşıyabilmesi olduğunu iddia etmektedirler. Onlara göre halk istikrar istemektedir. Dolayısıyla aynı liderler görevde kalmaya devam etmelidir<sup>34</sup>. Aksi halde görevli başkanın *seçilme ve kamu politikalarına katılma hakkı* ihlal edilmektedir. Bir kişi, halk istediği müddetçe iktidarda kalabilmelidir. Hem böylelikle görevli her seçimde seçmene hesap vermek zorunda kalacaktır. Böylelikle başkanın hesap verebilirliği de sağlanmış olacaktır. Kaldı ki günümüzde Honduras, Nikaragua ve Bolivya gibi ülkelerin yüksek yargı organlarının da bu gerekçeyle anayasalarında yer alan dönem sınırını “anayasaya aykırı” bularak iptal ettikleri görülmektedir<sup>35</sup>. Buna karşın genel kabul, modern liberal demokrasi anlayışının, başkanların görev sürelerine sınırlandırma getirmeyi teşvik ettiği yönündedir.

Seçilme hakkı, ne antik Yunan ve Roma ne de modern demokrasiler açısından mutlak bir hak değildir. Seçme ve seçilme hakkının düzenlendiği uluslararası belgelerde seçme ve seçilme hakkının devletler tarafından korunması, hakkın kullanılabilmesi için gerekli düzenlemelerin gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Bu kapsamda herkesin kamu politikalarına doğrudan veya özgürce seçtikleri temsilcileri aracılığıyla katılma hakkı olduğu, dönemsel olarak icra edilen, evrensel ve eşit oy ilkeleri çerçevesinde, seçmenlerin iradesini özgürce ifade edebilmeleri için gizli oy usulünün kullandığı seçimlerde oy

<sup>32</sup> Örneğin Zimbabve'nin uzun dönem iktidarda kalmış olan lideri Mugabe, yirmi yıl önce iktidarını barışçıl yöntemlerle devretmiş olsa idi ülkenin bu kadar yıkıcı bir şekilde demokrasiden uzaklaşması engellenebilirdi. Ya da Maltz'a göre, Putin, önümüzdeki on yıl içerisinde hala görevde kalmaya devam ederse sistemin daha da otoriterleşeceğini ifade etmektedir. (Süreler ile ilgili bilgi, mevcut makalenin kaleme alındığı tarihe uyarlanmıştır). Bkz. Maltz, p. 131.

<sup>33</sup> Eze, p. 13.

<sup>34</sup> Eze, p. 11.

<sup>35</sup> **Bolivya Çokuluslu Anayasa Mahkemesi (Tribunal Constitucional Plurinacional) Kararı** (2017) Sentencia 0084/2017, 28 de Noviembre 2017.



kullanma ve seçilme hakları bulunmaktadır<sup>36</sup>. Uluslararası sözleşmeler, seçme ve seçilme hakkına sınırlandırmalar getirilebileceğini öngörmektedir. Bu sınırlandırmalar, yaş, ikamet, medeni veya akli yeterlilik, yargı kararıyla sınırlandırılmamış olmak ve milliyet gibi makul ve meşru bir amaca dayanan sınırlandırmalar olabilir. Ancak bazı ulusal yüksek yargı organlarının yorumladıkları şekliyle bunlar dışında bir sınırlandırma getirilemeyeceği ileri sürülemez. Bu sınırlandırmalar, seçmenin iradesini objektif bir şekilde yansıtabilmesi, hem seçmen hem de *adaylar arasında bir ayrımcılığın engellenmesi*<sup>37</sup> ya da anayasacılık düşüncesine hâkim olan *kuvvetler ayrılığı ve temel hak ve özgürlüklerin korunması* gibi meşru amaçlara yönelmelidir<sup>38</sup>. Kaldı ki AİHM dahi *Gitonas ve diğerleri vs Yunanistan* kararında, seçilme hakkının sınırsız olmadığını, sözleşmeci devletin makul ve orantılı olmak kaydıyla sınırlar getirebileceğini ifade etmiştir<sup>39</sup>. İlginçtir ki Boliviya Anayasa Mahkemesi'nin de kararına dayanak gösterdiği Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin (*Ame-İHM*) *Yatama vs. Nikaragua* kararı incelendiğinde, benzer bir sonuç çıkmaktadır. Zira mahkeme, hakkın kullanımını zayıflatan sınırlandırmaların öngörülemediğini kabul etmekle birlikte *ayırıcı olmaması, makul nedenlere dayanması, demokratik bir toplumda gerekli olması ve amaçla orantılı olması durumunda sınırlandırmaların öngörülebileceğini* ifade etmektedir<sup>40</sup>.

Yani sözleşmelerde seçilme, ya da geniş anlamıyla kamu politikalarına katılma hakkı<sup>41</sup> düzenlemektedir. Buna karşın hiçbir uluslararası sözleşmede *zaten seçilmiş bir görevlinin* tekrar seçilme hakkı olduğu düzenlenmemektedir. Tekrar seçilme olgusunun bir insan hakkı olarak içselleştirilebilmesi ise ancak sosyal bir kabulü ve devletin bu kabulü anayasal olarak düzenlemesini gerekti-

<sup>36</sup> Bkz. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, md 21; 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, md 25; A1969 tarihli Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi, (md 23(1b)).

<sup>37</sup> Nikaragua'da Yüksek Mahkeme'nin oldukça tartışmalı bir kararı sonrasında (*bu kararın yürütüldüğü siyasi süreçte ileride değinilecektir*) ülkede başkan için öngörülen dönem sınırı kaldırılmıştır. Akabinde ise Ortega 2011 yılında üçüncü kez aday olmuş ve seçilmiştir. Bu süreçte Fabio Gadeada Bağımsız Liberal Parti'nin (*Partido Leberal Independiente*) başkan adaydır. Gadea, bu seçimde Ortega'nın tekrar aday olmasının onun seçilme hakkına ihlal oluşturduğu iddiasıyla Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur. Komisyon söz konusu iddiaları *prima facie* incelemiştir. Yani derinlemesine bir değerlendirme yaparak başvurucunun hakkının ihlal edildiğine karar vermemiştir. Bununla birlikte başvurucunun haklarının kabul edilebilir olduğuna hükmederek Ame-İHM'e dosyayı sevk etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme'nin komisyonun ihlal ihtimaline karşılık gelen değerlendirmelerini dikkate alacağı kuşkusuzdur. Bununla birlikte Mahkeme'nin kararının henüz açıklanmadığı görülmektedir. Bkz. **Orias, Ramiro** (2019) "La Reeleccion de Indefinida de Daniel Ortega ante la CIDH", *Justicia en las Americas*, 2019, <<https://dplfblog.com/2019/02/21/la-reeleccion-indefinida-de-daniel-ortega-ante-la-cidh/>>, I.a.d. 21.9.2019.

<sup>38</sup> **Comision de Venecia**, p. 72, 76.

<sup>39</sup> Bkz. **AİHM Kararı**, *Gitonas ve Diğerleri vs. Yunanistan*, Başvuru No: 18747/91; 19376/92; 19379/92.

<sup>40</sup> Bkz. **Ame-İHM Kararı**, *Yatama vs. Nicaragua*, Judgment of June 23, 2005 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs).

<sup>41</sup> **Comisión de Venecia**, p. 79.

rir<sup>42</sup>. Afrika kıtası dâhil olmak üzere modern demokrasilerin çoğunda ise bu olgu ne sosyal<sup>43</sup> ne de anayasal bir kabul değildir<sup>44</sup>.

Ampirik veriler de bu sınırlandırmaların meşruiyetini ortaya koyar cinstendir. Zira görevli başkanın yarışmadığı boş pozisyon (*open seat*)<sup>45</sup> seçimlerinin *demokrasinin niteliğini* artırıcı bir etkiye sahip olduğu görülmektedir. Bunun birkaç izahı vardır. Öncelikle dönem sınırının olmadığı ya da bu sınırın başkan tarafından uygulanmadığı sistemlerde başkan, seçimi kazanmak için gayri resmi yollara başvurabilir. Yolsuzluk, rüşvet ya da seçimlere hile karıştırılması gibi yollar dahil olmak üzere başkan, elinin altındaki devlet imkânlarını seçimleri tekrar kazanmak için harcayacaktır. En iyi ihtimalle başkanın, devletin ekonomik imkânlarını daha fazla oy elde etmek amacıyla kullanacağı kuşkusuzdur<sup>46</sup>. Seçim görevlileri ise mevcut başkanın baskısı karşısında nadiren tarafsız kalabilir. Bu durumda halkın adaylar arasında özgürce bir seçim yapabildiği şüphelidir. En demokratik sistemlerde dahi sürekli aday olan bir başkan, halkın tercihleri üzerinde madden olmasa bile psikolojik bir etki oluşturmuş olacaktır. Bu ise bir adayın gerçekten seçilme fırsatını elde etmesini engeller<sup>47</sup>. Yani seçilme hakkına esas engel, bir görevlinin sürekli tekrar seçilebilmesidir. Bu nedendir ki Venedik Komisyonu, başkanlık seçimlerine dönem sınırı getirmenin demokratik bir toplumu korumak için gerekli olduğunu, bu yönüyle de başkanların tekrar seçilme ve kamu idaresine katılma hakları karşısında, dönem sınırının demokrasiyi, insan haklarını ve hukuk devletini korumak gibi bir *meşru amacı bulunduğunu* savunmaktadır<sup>48</sup>.

Boş pozisyon seçimlerinde başkanın seçimleri manipüle etmek için doğrudan bir sebebi yoktur. Kendi partisinin başkan adayı bile olsa, kendi

<sup>42</sup> **Comisión de Venecia**, p. 80-82.

<sup>43</sup> Afrika ülkelerini kapsayan kamuoyu araştırmaları, araştırmanın kapsamındaki ülkelerin vatandaşlarının %70 oranında dönem sınırını desteklediğini ortaya koymaktadır. Bkz. **Eze**, s. 12

<sup>44</sup> **Donnelly, Jack** (1995) İnsan Hakları, Yetkin Yayınları, Çev. Erdoğan Mustafa/Korkut, Levent, Ankara, s. 27 vd.

<sup>45</sup> Cheeseman, boş pozisyon nitelemesini, mevcut görevli başkanın aday olmadığı seçimler için yapmaktadır. Bkz. **Cheeseman, Nic** (2010) "African Elections as Vehicles For Change", *Journal of Democracy*, Vol: 21, No: 4, p. 140.

<sup>46</sup> Politikacı (patron) ve seçmen (client) arasındaki bu ilişkiye patronaj ilişkisi adı verilmektedir. Bu ilişki kapsamında politikacı, seçmene gıda yardımı ya da kamu görevi sağlama, seçim bölgesine yol, okul, cami, elektrik imkânlarının temini olabileceği gibi devlet ile seçmen arasında bir sözleşme ilişkisi kurulması, kamu ihalelerinden yararlanma ya da kamu bankalarından daha kolay kredi imkânı elde etme şeklinde de gerçekleşebilir. Bkz. **Heper, Metin/Keyman, Fuat** (1998) "Duble-Faced State: Political Patronage and the Consolidation of Democracy in Turkey", *Middle Eastern Studies*, Vol: 34, No: 4, p. 262; **Sayarı, Sabri** (2014) "Interdisciplinary Approaches to Political Clientelism and Patronage in Turkey", *Turkish Studies*, Vol: 15, No: 4, p. 665; **Bircan, Çağatay/Saka, Orkun** (2019) "Lending Cycles and Real Outcomes: Costs of Political Misalignment", *BOFIT Discussion Papers*, 1/2019, p. 1 vd.

<sup>47</sup> **Ame-İHM Kararı**, Caso Luna Lopez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 10 de Octubre de 2013, Serie C No: 269, parag. 142.

<sup>48</sup> **Comisión de Venecia**, p. 89-90.

aday olduğu durumdaki kadar seçimlere müdahil olmayı istemez. Kaldı ki parti içi rekabetin de söz konusu olduğu durumlarda başkan, seçimlerde taraf-sız kalacaktır. Bu durumda görece adil ve liberal bir seçim atmosferi oluşur. Bu atmosfer içerisinde siyasal katılma ve rekabet de artacaktır. Siyasal rekabet içerisinde muhalefet partilerinin de seçimleri kazanma ihtimalleri belirir.

1990-2009 yılları arasındaki Afrika seçimlerini incelendiğinde şu sonu- ca ulaşılmaktadır: Başkanlık pozisyonu boş olduğunda muhalefet partilerinin seçimi kazanma ihtimali, mevcut başkanın tekrar aday olduğu seçimlere göre dört kat daha fazladır. Boş pozisyon seçimlerinde, iktidar partisi seçimleri kazansa bile oy oranının ortalama %10 düştüğü tespit edilmiştir<sup>49</sup>. Bu durum- da muhalefet de iktidarı elde etmek için demokratik olmayan yöntemlere baş- vurmuyacak, sadece sırasını bekleyecektir. Bu sayede muhalefet, iktidar olmayı amaçladığından, demokratik olmayan yollara tevessül etmekten kaçınır. Böy- lece siyasal rekabetin yumuşaması da beklenir<sup>50</sup>. Buna paralel olarak, otoriter bir rejim sonrasında muhalefetin kazandığı seçimler, devamı garanti edileme- se de, demokratikleşmenin ilk adımı olarak gösterilmektedir<sup>51</sup>.

Meseleye aksi yönden bakıldığında, bir rejimde mevcut başkanın seçil- me sınırını tamamen kaldırmak istemesi ya da bu sınıra riayet etmesi doğru- dan rejimin demokratikliği konusunda fikir vermektedir. Yani *bu kurala uy- mak ya da uymamak, demokrasinin turnusol kağıdıdır*<sup>52</sup>. Tull ve Simons, Free- dom House verilerinden yararlanarak, Afrika'da dönem sınırına riayet eden ülkelerin<sup>53</sup> bu sınıra riayet etmeyerek bu sınırı anayasal yollarla da olsa değiştirmeye, uzatmaya çalışan rejimlere kıyasla daha yüksek demokrasi puanına sahip olduğunu tespit etmiştir<sup>54</sup>. Görev süresini uzatmak isteyen liderler ise otokrat olarak nitelenen liderlerdir<sup>55</sup>. Hele ki dönem sınırının olmadığı ya da kaldırıldığı sistemler, seçimsel otoriter rejimlerin en açık örneğidir. Maltz'ın

<sup>49</sup> **Baturo**, p. 637; **Cheeseman**, (2010), p. 142.

<sup>50</sup> **Cheeseman, Nic** (2016) "Africa-Presidential Term Limits and the Third Term Tragedy", <https://presidential-power.com/?p=4874>, 2016, l.a.d.15.9.2019.

<sup>51</sup> Kenya'da Moi rejimi sonrasında 2002 seçimlerinde muhalefetin kazandığı seçimler, Gana'da 2000 ve 2008 seçimleri de buna örnektir. Bkz. **Cheeseman**, (2010), p. 147-150.

<sup>52</sup> **Baturo**, p. 635.

<sup>53</sup> Anayasal sınıra riayet edilen ya da değiştirmeye çalışsa da parlamento ya da ordunun engel olduğu ülkelerde demokrasi puanı sırasıyla 10.17 ve 5.60'dır. Bu ülkeler şunlardır: (Başkanın kurala riayet ettiği ülkeler) Benin, Bostvana, Vape Verde, Gana, Kenya, Mali, Mozambik, Namibya, Sao Tome ve Pricipe, Sierra Leone, Tan- zania, Zambiya, (başkan kuralı değiştirmek istese de başaramadığı ülkeler), Burkina Faso, Malavi, Nijerya. **Tull/Simons**, p. 86.

<sup>54</sup> Anayasal sınırları mahkeme kararı ya da anayasayı değiştirerek aşmaya çalışan ülkelerin demokrasi puanı ortalama 6.50'dir. Bu ülkeler şunlardır: Namibya (1999),Togo (2992), Cameroon (2008), Djibouti (2010), Ruanda (2015), Burkina Faso (1997), Guinea (2001), Chad (2005), Uganda (2005), Sudan (2005), Niger (2009), Ruanda (2015), Congo-Brazzaville (2015) referandum/parlamento onayı vasıtasıyla anayasa değişikliği ya da yeni anayasa yoluyla dönem sınırını aşan ülkelerdir. Buna karşın Senegal (2012) ve Burundi (2015), yargı kararıyla dönem sınırını aşmıştır. Bkz. **Tull/Simons**, p. 86-87, 93.

<sup>55</sup> **Cheeseman**, (2016).

araştırması, seçim sınırını tamamen kaldıran rejimler arasında demokratik ülkeler olmadığını fakat seçimsel otoriter rejim olarak kabul edilebilecek ülkelerin %23'ünün bu ülkeler arasında yer aldığını ortaya koymuştur<sup>56</sup>. İlginçtir ki bu ülkelerde seçimleri hep aynı iktidar kazanmaktadır. Ancak aynı ülkelerde 2015 tarihinde gerçekleştirilen anket çalışmaları, halkın başkanın görev süresine sınır getirilmesini desteklediğini göstermektedir. Bundan çıkarılabilecek en temel sonuç şudur ki başkanın seçimi üzerine sınır getirilmemesinin demokratik olduğunu ileri sürenler, halka rağmen iktidarda kalmaya devam edenlerdir<sup>57</sup>. Bu da göstermektedir ki konunun demokrasi ile ilgili bulunmamasıdır.

### B. GÖREV SINIRININ FARKLI ANAYASAL GÖRÜNÜMLERİ VE OPTİMAL GÖREV SÜRESİNİ TESPİT ETMEK

Ülkelerin devlet başkanının görev süresi konusundaki tercihleri değişiklik göstermektedir. Peki, bu tercihler nasıl kategorize edilebilir? Bu noktada 5'li bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayırım şu şekildedir<sup>58</sup>:

“1. Başkanın tekrar seçilmesinin yasak olduğu sistemler

2. Başkanın bir dönem görev yaptıktan sonra tekrar seçilebilmek için belirli bir süre beklediği sistemler

3. Başkanın art arda iki dönem görev yaptıktan sonra tekrar seçilebilmek için belirli bir süre beklediği sistemler

4. Başkanın yalnızca art arda iki dönem görev yaptığı sistemler

5. Başkanın seçilebildiği sürece görevde kaldığı sistemler”

Çalışmamızda incelenen ülkelerin bu kategoriler altında incelenmesi durumunda şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır:

<sup>56</sup> Bu ülkelerde muhalefet vardır. Düzenli olarak seçimler de gerçekleştirilmektedir. Yani şeklen bir seçim rekabeti söz konusudur. Ancak iktidarlar güçlerini pekiştirmek amacıyla resmi kurumlar üzerine yoğunlaşır. Dolayısıyla bu ülkelerde seçimleri sürekli muhalefet partileri kaybetmektedir. Bkz. **Maltz**, p. 129-130.

<sup>57</sup> **Eze**, p. 12; **Tull/Simons**, p. 80.

<sup>58</sup> **Serrafero**, (2010), p. 12, 18-19; **Serrafero**, (2011), p. 236.

Tablo 1: 2019 Yılı İtibarıyla Latin Amerika Ülkelerinde Başkanın Dönem Sınırı (Bir Dönemdeki Görev Süresi)<sup>59</sup>

1. Grup	2. Grup	3. ve 4. Grup	5. Grup
<b>Guatemala (4)</b>	Kosta Rika (4)	Arjantin (4)	Venezuela (6)
<b>Meksika (6)</b>	Şili (4)	Ekvador (4)	Nikaragua (5)
<b>Paraguay (5)</b>	Peru (5)	Brezilya (4)	Honduras (4)
	El Salvador (5)	Kolombiya (4)	Bolivya (5)
	Panama (4)		
	Uruguay (5)		

Görüldüğü üzere, 2019 itibarıyla başkanların en fazla iki dönem görev yapması bir kural iken yalnızca dört ülkede (%23.5) başkanların dönem sınırı bulunmamaktadır. Fakat bu eğilimin, 1990'lar ile kıyaslandığında, değişiklik arz ettiği görülmektedir. 1990-1997 yılları arasında Arjantin, Peru ve Brezilya'da başkanların yalnızca tek dönem için seçilmesi kuralı, esnetilerek bir kez daha seçilmelerinin önündeki engel kaldırılmıştır. 1997 yılında ise Latin Amerika'da halen Kosta Rika, Ekvador, El Salvador, Kolombiya ve Honduras başkanın yalnızca bir kez seçilmesi öngörülen ülkeler arasındaydı<sup>60</sup>. Hatta 2015 yılına kadar Honduras'ta başkanın tek dönem görev yapması kuralı, anayasanın değiştirilemez maddeleri arasında yer almaktayken bu kuralı değiştirmeye çalışan başkanın görevini terk etmiş sayılacağı kabul edilmekteydi. Demek ki kıtada başkanların tekrar seçilmeleri yönünde çok ciddi bir değişim söz konusudur.

Görev süresi üzerine bir sınır getirilmesi genel kabuldür. Ancak uygulama farklıdır. Latin Amerika ülkeleri bağımsızlıklarından 1990'lı yıllara kadar olan süreçte başkanın tek bir dönem için seçilmesini kabul etme eğilimindedir. Fakat 90'lı yıllarla birlikte bu değişmeye başlamıştır. Bazı ülkelerde başkan art arda iki kez seçilebilirken (Arjantin, Brezilya, Kolombiya) bazı ülkelerde başkanlar üçüncü bir dönem için seçilmeyi denemiş (Kolombiya) fakat başarılı olamamıştır. Bazı ülkelerde ise bunun başarılı olduğu görülmektedir (Venezuela, Bolivya, Ekvador, Peru). Buna karşın ABD'de Washington ile birlikte uygulama başkanın art arda iki dönem için seçilmesi olarak tecelli etmiştir. Peki, en optimali hangisidir? Günümüzde uluslararası genel kabulün başkanın iki kez görev yapması olduğu sonucu çıkarılabilir. Zira hâlen dahi başkanın sınırsız bir dönem için görev yapması, istisnai olduğu gibi meşru da kabul edilmemektedir. Tek dönem sınırı ise günümüzde

<sup>59</sup> Serrafero, (2010), p. 18.

<sup>60</sup> Serrafero, (2010), p. 14-17.

esnetilmiş görünmektedir. Buna karşın tek dönem ya da iki dönemden hangisinin daha elverişli olacağı ülkelerin kendi tercihine bırakılacak bir olgudur<sup>61</sup>. Buradaki en önemli ölçüt, başkanın devletin imkânlarını kullanarak hem idareye hem de devletin diğer organlarına tahakküm kurmasını engelleyecek kadar kısa olmasıdır. Örneğin başkanın, kararname yetkisi ve koalisyonlar vasıtasıyla yasamayı baskıladığı ve istikrarlı çoğunluklar elde ettiği bir ülkede, yüksek yargıya yaptığı atamalar ile de yargıçların çoğunluğunun kendi ideolojisinden olmasını sağlayacak kadar uzun görevde kalması engellenmelidir. Aksi halde ne temel hak ve özgürlüklerden ne de kuvvetler ayrılığında bahsedilebilir. Bu gerekçelerle, Kolombiya Anayasa Mahkemesi, başkanın üçüncü kez aday olmak için anayasayı değiştirme girişimini engellemiştir<sup>62</sup>.

### C. BAŞKANLAR NEDEN GÖREVDE KALMAK İSTER?

1799-2011 yılları arasında, anayasal olarak görev sınırına tabi olan 644 başkanın %11'i (71'i) görev süresini uzatmıştır<sup>63</sup>. Yakın tarihleri kapsayan bölgesel incelemeler de benzer bir sonucu ortaya koymaktadır<sup>64</sup>. İlk bakışta görev sınırına riayet eden başkanların oranının yüksekliği dikkat çekicidir. Ancak görevde kalmak için çabalayan başkanların oranı da azımsanamayacak kadar fazladır. Kaldı ki bu %89'luk kısımda da görev süresini uzatmak isteyen ancak ya bu düşüncesine oto-sansür uygulayan ya da diğer politik aktörlerin engellemesi sonucunda bu amacına ulaşamayan başkanlar söz konusudur<sup>65</sup>. İlginçtir ki dönem sınırını es-

<sup>61</sup> Bu konudaki tartışmalar için Bkz. **Hualde, Alejandro Perez** (2013) "Las Reelecciones y Su Limite: Periodicidad y Alternancia", *Paraná Eleitoral*, Vol: 2, p. 149-151.

<sup>62</sup> Bu yöndeki Kolombiya Anayasa Mahkemesi kararları için Bkz. **Bernal, Carlos** (2013) "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine", *International Journal of Constitutional Law*, Vol: 11, No: 2, p. 351 vd.

<sup>63</sup> **Ginsburg/Melton/Elkins**, p. 1845.

<sup>64</sup> Örneğin Penfold, Corrales ve Hernandez, Latin Amerika'da, demokratik dönüşümün başından itibaren başkanların %88,81'inin görev süresi nedeniyle tekrar aday olmadıklarını ancak %9,45'inin anayasayı değiştirmek yoluyla görevde kalmaya çalıştıklarını ifade etmektedir. B 1990-2016 yılları arasında ise dönem sınırı ile karşı karşıya kalan Afrika'lı 39 başkanın 21'i (%53,8) sorunsuz bir şekilde görevinden ayrılmıştır. **Penfold/Corrales/ Hernandez**, p. 543-544; **Tull/Simons**, p. 85.

<sup>65</sup> Örneğin Panama'da Martinelli, görev süresini uzatmak için anayasa değişikliği teklifini parlamentoya sunmuş fakat bu teklifi parlamento tarafından kabul edilmemiştir. Benzer bir şekilde 2006'da Nijerya'da başkan Olu-segun Obasanjo'nun üçüncü dönem için tekrar seçilmek için anayasa değişikliği teklifini parlamentoya sunması karşısında parlamento bu teklifi reddetmiştir. Bu ret kararının, askeri darbe ve diktatörlere alışkın olan Nijerya'nın anayasal tarihi açısından bir dönüm noktası olduğu dâhi ifade edilmektedir. Keza Malavi'de diktatör Muluzi de tekrar seçilebilmek için anayasa değişikliği girişiminde bulunmuşsa da demokratik dönüşüm sonrasında tekabül eden bu çabası, kendi partisinin dâhi desteğini çekmemiştir. Honduras'ta ise başkan Zelaya'nın tekrar seçilme arzusu, onun ordu tarafından görevinden alınması ile sonuçlanan bir süreçle noktalanmıştır. Buna Nikaragua'da Ortega, Kosta Rika'da ise Arias'ın parlamento vasıtasıyla tekrar seçilmek amacıyla anayasayı değiştirme çabaları sonuçsuz kalmıştır. Ancak bu ülkelerde, ilerde görüleceği üzere, Ortega ve Arias bu amaçlarını yargı yoluyla elde edebilmiştir. Bkz. **Treminio Sanchez, Ilka** (2015) "Las Reformas a la

netmeye ya da kaldırmaya çalışan başkanların önemli bir kısmı, amacına ulaşmaktadır<sup>66</sup>. Görev süresini uzatma amacı bakımından başkanların ideolojik çizgisi belirleyici değildir. Sağ çizgideki (Menem, Cardozo, Uribe gibi) başkanlar gibi sol çizgideki (Chavez, Morales, Correa, Ortega gibi) başkanlar da görev süresini uzatmak isteyebilir<sup>67</sup>. Peki, bir başkan neden görev süresini uzatmak için bu çabaya girmektedir? Bunun kanımızca birkaç cevabı bulunmaktadır.

Baturo, başkanın tekrar seçilme çabasını çok basit bir şekilde formüle etmektedir. Ona göre başkan, görevde kalmanın getirisi çok, fakat bu çabaya giriştiğinde onu sınırlayacak mekanizmalar yok ya da etkisiz olduğunda tekrar seçilmenin yollarını arar. Bu sınırlamalar, katı anayasanın mantığı gereği anayasanın değiştirme usulünün parlamentonun nitelikli çoğunluğuna tabi olması şeklinde anlaşılabilir gibi başkanın parlamento, bürokrasi ve hatta uluslararası desteğe sahip olup olmadığı şeklinde de anlaşılabilir<sup>68</sup>. Bu noktada söylenebilir ki başkanın tekrar seçilmek için çabalamak konusundaki ilk teşviki, *başkanlık makamının getirileridir*. Başkanlık demek, güç, otorite, saygınlık demektir. Aynı zamanda başkan, ekonomik ve demokratik olarak gelişmemiş ülkelerde, başkanlık dışında bir ekonomik kaynak ya da zenginleşme aracı göremeyebilir. Bu makamı kaybetmek, başkan için sadece devletin politika değişiminden daha fazla anlam ifade eder<sup>69</sup>. Zira düşük gelir ve yüksek gelir eşitsizliğine sahip fakir ülkelerdeki yolsuzluktan en çok başkan pay alır<sup>70</sup>. Bu nedenle başkanın başkanlıktan düşmesi, güç ve otoriteden düşmesi anlamına geleceği gibi zenginlikten de mahrum kalmak anlamına gelecektir. Ayrıca başkanlık, kendi yakınlarına ve partizanlarına makam dağıtma yeridir. İktidar bu sayede gücünü korur. Başkan da kendi düşüncelerini paylaşanları devlet imkânlarından yararlandırarak ödüllendirirken muhaliflerini sistemli bir şekilde bu imkânlardan mahrum bırakarak cezalandırır. Örneğin Venezuela'da

Reeleccion Presidencial del Nuevo Siglo en America Central-Tres Intentos de Reforma y Un Golpe de Estado", Política y Gobierno, Vol: 22, No: 1, 2015, p. 147-143; **Posner, Daniel N/ Young, Daniel** (2007) "The Institutionalization of Political Power in Africa", Journal of Democracy, Vol: 18, No: 3, p. 126; **Baturo**, p. 635.

<sup>66</sup> Latin Amerika'da görev sınırını aşmaya çalışan başkanların %70'i, Afrika'da ise %82'ü bu amaçlarında başarılı olmuştur. Bkz. **Penfold/Corrales/Hernandes**, p. 543-544; **Tull/ Simons**, p. 85.

<sup>67</sup> **Serrafero** (2011), p. 237-239; **Serrafero**, (2010), p. 16-17.

<sup>68</sup> **Baturo**, p. 636.

<sup>69</sup> **Cheeseman**, (2016); Eski Çek Cumhuriyeti Başkanlarından Vaclav Havel bunu şu şekilde ifade ediyor: "Kendimi ayrıcalıklar, istisnalar, ikramlar dünyasında; bir tramvay biletinin ne kadar olduğunu ya da ekneğime ne kadar tereyağı sürmem gerektiğini, bir fincan kahvenin nasıl yapıldığını, bir aracın nasıl sürüldüğünü ve bir telefon görüşmesinin nasıl yapıldığını yavaş yavaş unutturan bir VIP'ler dünyasında buldum... Aniden güç arzusuyla olan savaşlarını kaybetmeye başlayanlara karşı daha büyük bir anlayışa sahip oldum." Bkz. **Baturo**, p. 540.

<sup>70</sup> Yazar bu önermesine Zimbabve başkanı Robert Mugabe'nin zaman içerisinde oluşturduğu servetini örnek vermektedir. Bkz. **Baturo**, p. 641.

Chavez, seçildikten hemen sonra kamu sektörünü büyütüp kendine yakın kişileri kamuda istihdam etmiştir. Benzer bir sonuca Belarus'ta da rastlanılmaktadır<sup>71</sup>.

Başkanın bir diğer teşviki, *mevcut başkanın tekrar aday olması durumunda yüksek ihtimalle bu seçimleri kazanacak olmasıdır*. Gerçekten de mevcut başkanın tekrar aday olması durumunda seçimleri kazanma ihtimali oldukça yüksektir<sup>72</sup>. Bu nedenle mevcut başkan, aday olması durumunda seçimleri kazanmayı neredeyse garanti görmektedir. Örneğin 1978-2016 yılları arasında Latin Amerika ülkelerinde başkanların tekrar aday olma ve ikinci kez seçilme istatistiklerini inceleyen Luca ve Malamud, bu dönemde 24 başkanın *bir sonraki dönemde* tekrar seçilebilmek için aday olduklarını ve bu başkanlardan yalnızca üç tanesinin bu girişimlerinde başarısız olduklarını, dolayısıyla da başkanların tekrar seçilme oranının %87 gibi hayli yüksek bir oran olduğunu ifade etmektedir<sup>73</sup>. Benzer şekilde Afrika'da da tekrar aday olan adayların seçimleri kazanma ihtimali %85'tir<sup>74</sup>. Bunun nedenleri arasında, başkanın tanınırlığı ön plana çıkmaktadır. Yani seçmen tarafından yüksek oranda tanınan bir aday karşısında kitle iletişim araçlarına onun kadar ulaşamayan bir diğer adayın seçmeni kısa sürede ikna etmesi zordur<sup>75</sup>. Yani seçmen, *bildiği şeytani*, daha öncesinde öngörmediği kişiye göre daha fazla tercih edecektir<sup>76</sup>. Ancak bu olgu, özellikle demokrasisi gelişmemiş ülkeler açısından, yalnızca tanınırlık ile açıklanamamaktadır. Cheeseman, Afrika ülkelerinden hareketle, tek başlı sistemlerde ekonomik kaynakların başkanın elinde olduğuna vurgu yapmaktadır. Bu sayede başkan, neopatrimonyal ilişkileri çerçevesinde, devletin ekonomik kaynaklarını kendi seçmenlerine özgürce dağıtmaya başlar. Bu sayede zaten kazanmış olduğu seçmenin sonraki seçimlerde de itaatini

<sup>71</sup> **Baturo**, p. 642.

<sup>72</sup> Bu, kuvvetler ayrılığı prensibine riayet edilen ABD'de dâhi bu şekildedir. Örneğin ABD'de görevli başkanların tekrar aday oldukları seçimleri kazanma oranının %82 olduğu ifade edilmektedir. Kaldı ki bu olgu, vekil adaylıklarının parti liderlerine sıkı sıkıya bağlı olmadığı Kongre seçimleri bakımından da, özellikle partiler arasında rekabetin yoğun olduğu ve bir partinin üstünlüğünün açık ara hissedilmediği bölgelerde, geçerliliğini korumaktadır. **Penfold/Corrales/Hernandes**, p. 548; **Erikson, Robert S.** (1971) "The Advantage of Incumbency in Congressional Elections", *Polity*, Vol: 3, No: 3, p. 395; **Ginsburg/Melton/Elkins**, p. 1829.

<sup>73</sup> Tekrar seçilen başkanlar şunlardır: Başaquer (Dominik Cumhuriyeti-1990 ve 1994), Fujimori (Peru-1995), Menem (Arjantin-1995), Cardozo (Brezilya-1998), Chavez (Venezuela-2001 ve 2007), Lula (Brezilya-2006), Fernandez (Dominik Cumhuriyeti-2008), Correa (Ekvador-2009 ve 2013), Morales (Bolivya-2009 ve 2014), CristinaKirchner (Arjantin-2011), Ortega (Nikaragua-2011 ve 2016), Rouseff (Brezilya-2014), Santos (Kolombiya-2014), Medina (Dominik Cumhuriyeti-2016). Ayrıca şu adaylar tekrar seçilememişler: Balaguer (Dominik Cumhuriyeti-1978), Ortega (Nikaragua-1990), Mejia (Dominik Cumhuriyeti-2004). Bkz. **De Luca, Miguel/Malamud, André** (2019) "¿Sigue Macri o Vuelve Cristina?", *El Estadista*, 2019, <<https://www.elsestadista.com.ar/?p=15239>>, l.a.d.8.3.2019.

<sup>74</sup> **Posner/Young**, (2007), p. 131.

<sup>75</sup> **Serrafero**, (2011), p. 230-231.

<sup>76</sup> **Ginsburg/Melton/Elkins**, p. 1820.



den emin olur<sup>77</sup>. Bunun bir sonucu da şudur ki kendi seçmenini bonkörce ödülendiren bir başkanın seçim vaatleri de “inandırıcıdır”<sup>78</sup>. Kaldı ki başkan, şayet bürokrasi ve askerinin desteğine sahip ise, muhalefeti baskılamakta, karşısına ciddi bir adayın çıkmasını engellemektedir. Bu durumda partiler için başkana yakın olmak ona rakip olmaktan daha avantajlıdır. Bu nedenle partiler, kendiliğinden rakip bir başkan adayı çıkarmaktan vazgeçmektedir<sup>79</sup>. Buradan hareketle rahatlıkla söylenebilir ki mevcut başkanlar, eğer siyasi konjonktürün değişmediğine inanıyorlar ve halen aday olmaları durumunda seçileceklerini biliyorlar ise, anayasa değişikliği vasıtasıyla tekrar aday olmanın yollarını arayacaklardır<sup>80</sup>.

Bu konuda bir diğer teşvik, *seleflerin davranışlarıdır*. Yani dönem sınırına riayet geleneğinin oluşup oluşmadığı önemlidir. Eğer bir ülkede başkanlar, anayasal görev sürelerine riayet etmeyi bir alışkanlık haline getirmişler ise söz konusu ülkede göreve gelen sonraki başkanlar da tekrar seçilmek için fazla çaba harcamamaktadır<sup>81</sup>. Bu konuda Benin, şaşırtıcı bir örnektir. Beninde 1960-1970 arasında 12 adet başkan değişmiştir. Bu başkanların tamamı, silahlar vasıtasıyla gelip aynı şekilde gitmiştir. Dolayısıyla Benin, dikta rejimlerine alışkındır. Buna karşın 1990-2006 arasında Mathieu Kerekou ve Nicéphore Soglo, ulusal seçimleri kazanarak gelmiş, dönem sınırı nedeniyle görevinden ayrılmıştır. Bunun bir siyasi kültür oluşturduğu da gözlemlenmektedir. Zira bu iki başkanı takiben 2006 ve 2011 yıllarında seçilen Yayı'nin de 2016 seçimlerinde aday olmadığı görülmektedir<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> Özellikle demokratik dönüşümleri öncesinde, Kenya’da Moi, Malawi’de Banda, Congo’da Gnassingbe dönemleri Cheeseman’ın bu konuya ilişkin örnekleri arasında yer almaktadır. Bkz. **Cheeseman**, (2010), p. 145.

<sup>78</sup> **Serrafero**, (2011), p. 231.

<sup>79</sup> Bu ülkelerde çoğu zaman muhalefet partileri, seçimler sonrasında başkan ile iyi ilişkiler geliştirmeyi amaçlar. Zira onun seçimleri kazanacağı açıktır. Bu nedenle seçimlerde ona rakip olmayıp seçimler sonrasında devletin imkânlarından yararlanmak için başkana yanaşmak gibi bir politika geliştirebilmektedirler. Bkz. **Resnick, Danielle** (2014) “Compromise and Contestation: Understanding the Drivers and Implications of Coalition Behaviour in Africa”, *Journal of African Elections*, Ed. Kadima, Denis Vol: 13, No: 1, EISA, p. 49.

<sup>80</sup> **Zovatto** (2009); Buquet’e göre, siyasi elitler, görevde kalmaya devam edecekler ise tekrar seçilmenin yollarını arayacaktır. Eğer ki siyasal konjonktürün değişmekte olduğunu ve iktidarda kalmanın güçleştiğini görmeklerse başkanlık için dönem sınırı getirmek ya da mevcut sınırlara riayet edilmesini desteklemek bu elitler için daha çok tercih edilmektedir. **Buquet, Daniel** (2007) “Entre la Legitimidad y la Eficacia: Reformas en Los Sistemas de Eleccion Presidencia en America Latina”, *Revista Uruguaya de Ciencia Politica*, 16/2007, p. 41-44.

<sup>81</sup> ABD’de George Washington’un anayasal olarak kabul edilmemiş olmasına karşın ikinci döneminin sonunda tekrar aday olmaması bir gelenek haline gelmiştir. Öyle ki Theodore Roosevelt, 1912 yılında bu kuralı aşmaya çalışmıştır. Bunun karşılığında ise kampanya süreci sırasında kurşunlanmıştır. Fail ise eylemi “*insanların başkan olarak iki dönemden fazlasına sahip olmaya çalışmaması gerektiğini anlaması için bir uyarı olarak*” gerçekleştirdiğini ifade etmiştir. Franklin Roosevelt’in ise üçüncü kez seçilip başkanlık yapması sonucunda bu geleneğin anayasal olarak kurala bağlandığı görülmektedir. Bkz. **Ginsburg/Melton/Elkins**, p. 1835.

<sup>82</sup> Bkz. **Posner, Daniel/ Young, Daniel** (2018) “Term Limits-Leadership, Political Competition and the Transfer of Power”, *Institutions and Democracy in Africa*, Ed. Cheeseman, Nic Oxford University Press, p. 262-

Başkanlar ayrıca görevi bıraktıktan sonra kendi başına neler gelebileceğini de hesaba katmak durumundadır. Yani eğer bir ülkede görevi bırakan liderler devleti ve halkı tarafından onurlandırılıyor ve saygın bir hayat yaşıyorsa başkan kolayca görevini bırakır. Ancak başkan, görevi bırakır bırakmaz yargılamalar ve hesap sormalar ile mücadele edeceğini düşünmekte ise asla görevini terk etmek istemeyecektir. Dolayısıyla başkanı tekrar seçilmeye çabalamak için teşvik eden unsurlardan biri de *seleflerinin akıbetidir*. Örneğin Malavi’de demokrasiye geçişte Muluzi, görevde kalabilmek için anayasayı değiştirmeyi başaramamış ve 2003’te görevi terk etmiştir. Buna karşın görevi bırakır bırakmaz hakkında derhâl yolsuzluk soruşturmaları açılmıştır<sup>83</sup>. Benzer şekilde uluslararası toplumdaki destek göremeyen başkanlar da tekrar aday olmayı başaramaz. Örneğin Ukrayna’da başkan Kuchma, bir yüksek mahkeme kararı sayesinde üçüncü bir dönem tekrar aday olmaya hak kazanmıştır. Ancak hakkında ortaya çıkan skandallar başkanı güç durumda bırakmıştır. Başkan, üzerinde Avrupa demokrasilerinin baskısını hissetmiş ve 2004 yılında tekrar aday olmamayı tercih etmiştir<sup>84</sup>. Benzer şekilde, ekonomik bağımsızlık da bir devlet başkanı için önemlidir. Eğer başkan, özellikle batı demokrasilerinin dış yardımına bağımlı ise görev süresini uzatmaya çalışmamaktadır. Ancak ekonomik bağımlılığı olmayan ülkelerde başkanların *bu tür çekinceleri bulunmamaktadır*. Posner ve Young’a göre Kamerun, Çad, Kongo Brazzaville, Gabon, Sudan, Nijerya ve Cape Verde’de petrol bulunmaktadır. Bu ülkelerin altısında başkanlar dönem sınırını aşmaya çalışmış ve Nijerya hariç bunu başarmışlardır<sup>85</sup>. Benzer şekilde Uganda başkanı Museveni, ülkesinde yakın dönemde keşfedilen petrol rezervleri bulunması ve ABD’nin bölgedeki kilit müttefiklerinden olmasını fırsat bilerek görev süresini uzatmayı başarmıştır<sup>86</sup>. Ancak Kenya gibi dışa bağımlı ülkelerin görev süresine riayet etmek ve *liberal bir demokratik düzeni kabul etmekten başka çaresi kalmamıştır*<sup>87</sup>.

263; Posner/Young, (2007), p. 128; Benzer şekilde Tanzanya’da da 1995 yılında başkan Ali Mwinyi, dönem sınırı vasıtasıyla sınırlanılmamış olmasına karşın görevini bırakan Julius Nyerere’yi takip ederek ikinci dönemi sonunda görevinden ayrılmıştır. Bu sayede 2005’te Mkapa ve 2015’te Kikwete ikinci dönemleri sonunda aday olmamış ve görevden ayrılmıştır. Bkz. Tull/Simons, p. 88.

<sup>83</sup> Baturu, p. 642.

<sup>84</sup> Kuchma, 2000’li yıllarla güç kaybetmeye başlamış ve muhalif gazeteci Gongadze’nin ölümünde etkisi olduğuna ilişkin kayıtlar yayımlanmıştır. “Kuchmagate” olarak adlandırılan bu skandalın sonucu olarak Kuchma aleyhine sokak hareketleri düzenlenmiştir. Bkz. Kuzio, Taras (2003) “The 2002 Parliamentary Elections in Ukraine: Democratization or Authoritarianism?”, Journal of Communist Studies and Transition Politics, Vol: 19, No: 2, p. 30; Baturu, p. 643.

<sup>85</sup> Posner/Young (2018), p. 272.

<sup>86</sup> Cheeseman,(2016).

<sup>87</sup> Posner/Young (2018), p. 272; Kenya’nın 1990’da ekonomisinin temel kaynağı olan kahve ve çay fiyatlarının düşmesi ile birlikte ülkenin dış desteğe olan bağımlılığı artmıştır. Fakat soğuk savaşın sona ermesi ile birlikte Kenya’ya yardım eden ülkeler Moi’nin ekonomik ve siyasi ilerlemeyi yavaşlatması üzerine durdurmuştur.

Son olarak başkan, tekrar seçilebilmek için parlamento desteğine ihtiyaç duymaktadır. Zira bir anayasa değişikliği gerçekleştirebilmek için öncelikle anayasayı değiştirebilmek için gerekli olan parlamento çoğunluğunu ikna etmek gerekir. Zira Panama’da Matinelli, Nijerya’da Obasanjo (2006), Burundi’de Nkurunziza (2015), Nikaragua’da Daniel Ortega (2013), Kosta Rika’da Arias (2003) bu isteklerine parlamento yoluyla ulaşmaya çalışmış ancak parlamentoyu ikna edememiştir<sup>88</sup>. Bununla birlikte bu başkanların bazılarının anayasa değişikliği usullerinden anayasa yargısı yoluyla bu arzularına meşruiyet kazandırmaya çalıştıkları görülmektedir.

## II. BİR ANAYASA DEĞİŞTİRME İKTİDARININ KÖTÜYE KULLANILMASI ÖRNEĞİ: BAŞKANIN GÖREVE KALMAK İÇİN ANAYASAL YOLLARA BAŞVURMASI

Şüphesiz başkanlar, görevde kalmak için anayasayı değiştirmek dışında başka yollara da başvurmaktadır. Darbe, anayasayı askıya almak, olağanüstü hal ilan etmek ya da söz konusu kuralı görmezden gelmek bunlardan bazılarıdır<sup>89</sup>. Ancak bunların hiçbiri anayasa hukuku ile telifi mümkün yollar değildir. Kaldı ki başkanlar kişisel hırsları ile olsa ve otoriter bir yönetim takip etse bile bu amacına anayasal yollarla ulaşmaya çalışmaktadır<sup>90</sup>. Zira başkanlar, bu sayede bir nebze de olsa meşruiyet elde edebilmekte, uluslararası topluma ve iç siyasete karşı meşruiyet iddiasında bulunabilmektedir. Ancak başkanlar her ne kadar anayasal yollara başvurarak görev sürelerini uzatmaya çalışsalar da söz konusu anayasa değişiklikleri anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılmasından başka bir şey değildir. Bu anayasa değişiklikleri, esasında anayasanın etkisizleştirilmesi ve anayasanın içinin boşaltılmasına yönelik yapılan<sup>91</sup> ve dışarıdan bakıldığında demokratik bir anayasa değişikliği gibi görünen girişimlerdir<sup>92</sup>. Şekil açısından anayasaya uygun bir anayasa değişikliği yapılıyor

Bunun üzerine başkan Moi, ekonomik kaynaklar üzerindeki devlet tekelden vazgeçmek zorunda kalmıştır. Ancak Moi’nin uzun süren iktidarı ve 1992 ve 1997 seçimlerinde tekrar aday olacak olması, muhalefet partilerinin ve özel sermayenin bir müddet daha Moi’yi destekler gözükmesine yol açmıştır. **Arriola, Leonardo R** (2013) “Capital and Opposition in Africa Coalition Building in Multiethnic Societies”, *World Politics*, Vol: 65, No: 2, p. 246-253.

<sup>88</sup> **Cheeseman**, (2016).

<sup>89</sup> Örneğin Nijer’de Tandia, Filipinler’de Marcos rejimleri bu tür görevde kalma uygulamalarına örnektir. Detaylı bilgi için Bkz. **Ginsburg/Melton/Elkins**, p. 1848-1849, 1851, 1853.

<sup>90</sup> **Posner/Young** (2007), p. 127; **Buquet**, p. 36-37; **Tull/Simons**, p. 94.

<sup>91</sup> **Anayurt, Ömer** (2019) *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel ilkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.712.

<sup>92</sup> **Landau, David** (2013) “Abusive Constitutionalism”, *University of California Davis Law Review*, Vol: 47, No: 1, p. 191.

gibi görünse de amaç mevcut anayasanın temelini oluşturan kuralların yerine, getirilmek istenen anayasal sistemin inşa edilmesidir.

Kanaatimizce anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması ise içerik, usul, zaman (dönemsel) ve kişisel çıkar sağlama amacı<sup>93</sup> gibi birçok farklı yöntemlerle yapılabilmektedir. İçerik yönünden anayasa değişikliklerinin kötüye kullanılması anayasada değiştirme yasağı olan maddelerin kendilerinin doğrudan değiştirilmesi şeklinde olabileceği gibi doğrudan olmasa da başka maddelerle bağlantı kurularak değiştirilmesi yani anayasaya karşı hile şeklinde olabilmektedir<sup>94</sup>. Usul yönünden anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması ise parlamento değişiklik usulünü dolanmak suretiyle referandum ya da plebisit yoluyla yapılması şeklinde olabilmektedir<sup>95</sup>. Anayasa değiştirme iktidarı ülkenin siyasi olarak bulunduğu zamanı bazen anayasa değişiklikleri lehine fırsata çevirme yönünde kullanabilmektedir. Anayasa değişiklikleri üzerinde düşünülmesi ve tartışılması gereken bir konu olması nedeniyle özgür tartışma ortamının bulunduğu bir dönemde yapılması gerekmektedir. Özellikle olağanüstü halin ilan edildiği dönemlerde muhalefetin ve medya gruplarının özgürlük alanı kısıtlandığından ve olağanüstü hal dönemi, niteliği gereği tartışma ve eleştiriye imkan vermediğinden<sup>96</sup> olağan dönemde yapılamayacak anayasa değişikliklerinin olağanüstü dönemde yapılarak kabulü sağlanabilmektedir<sup>97</sup>.

Anayasa değiştirme iktidarının konumuz açısından kötüye kullanılma yöntemi ise başkana kişisel çıkar sağlamak amacıyla anayasa değişikliği yoluna gidilmesidir. Başkanların güce sahip olmaya devam etmek için anayasa dışı yollarla değil de anayasal yollara başvurmalarına literatürde “*gücün kurum-sallaşması*” (*institutionalization of power*) ismi verilmektedir<sup>98</sup>. Çalışmamızda ise başkanların kullandıkları bu yöntemler dörde ayrılarak incelenmiştir. Bunlar, *yeni anayasa yapmak*, *hükümet sistemini değiştirmek*, *görev süresi ile ilgili hükmü değiştirmek* ve *yüksek yargı kararları vasıtasıyla görevde kalmaktır*.

<sup>93</sup> İlerde ülke örnekleri üzerinden detaylı bir şekilde incelenecektir.

<sup>94</sup> **Türk Anayasa Mahkemesi Kararı**, Esas No:2008/16 Karar No:2008/116, ilk üç madde dışındaki hükümlerinde yapılacak ve ilk üç maddede belirtilen hususları değiştirip başkalaştırma sonucunu doğuracak tüm yasa düzenlemeleri de 4. maddedeki yasağın kapsamına girmektedir. Aksini kabul, Anayasanın ilk üç maddesindeki hükümlerin özünün Anayasanın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle boşaltılmasına, başkalaştırılmasına, "**Anayasaya karşı hile**" yapılmasına imkân tanımak anlamına gelecektir.

<sup>95</sup> İlerde görüleceği üzere 2009 yılında Honduras'ta başkan Zelaya, anayasal olarak yetkili olmamasına karşın görev sınırını ortadan kaldırmayı amaçlayan bir anayasa değişiklik teklifini doğrudan referanduma sunmaya çalışmıştır.

<sup>96</sup> **Anayurt**, s.187.

<sup>97</sup> Bu sorunun önüne geçebilmek adına bazı ülke anayasaları olağanüstü dönemde anayasa değişikliğine gidilmesini yasaklamıştır. Ülke örnekleri için Bkz. **Anayurt**, s.189.

<sup>98</sup> **Posner/Young** (2007), (makalenin başlığı).

## A. YENİ ANAYASA YAPMAK

Yeni anayasa yapmak, bir asli kurucu iktidar faaliyetidir. Asli kurucu iktidarın nasıl bir güç olduğu ise tartışmalıdır. Yani asli kurucu iktidar hukuksal bir güç müdür yoksa eylemsel bir güç müdür<sup>99</sup>? Bu tartışma, asli kurucu güce pozitif hukuk veya doğal hukuk noktasından farklı temellendirilmektedir.

Asli kurucu güç, yani yeni anayasa yapma gücü, pozitif hukuk noktasından bakıldığında herhangi bir sınırlamaya tabi değildir<sup>100</sup>. Yeni anayasanın yapılış usulünü ve içeriğini tamamen kendisi belirlemektedir<sup>101</sup>. Bunun doğal bir sonucu da şudur ki bu anayasa öncesinde türev kurucu iktidarı teşkil eden yasama ve yürütme organlarını kimin teşekkül ettirdiğinin ya da eski anayasa döneminde bu organların teşekkül etmesine ilişkin getirilen kuralların herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zira asli kurucu iktidar, hukuk-dışıdır. Mevcut yasalar ile bağlı değildir<sup>102</sup>. Artık yeni bir anayasa vardır. Yeni anayasa ile birlikte yeni bir hukuk düzeni ve yeni kurallar caridir.

Bu görüş bağlamında, asli kurucu gücün yeni bir anayasa yaparak bu anayasa ile başkana kişisel çıkar sağlayamaya yönelik faaliyetleri, anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilemeyecektir. Çünkü bu durumda anayasa değiştirme iktidarından değil anayasa yapma iktidarından bahsedilmektedir. Anayasa yapma iktidarı da herhangi bir pozitif hukuk kuralı ile bağlı olmadığından bu iktidarın kötüye kullanılması durumu ortaya çıkmayacaktır.

Hukukun sürekliliği ve doğal hukuk anlayışı bağlamında meseleye yaklaşıldığında asli kurucu gücün bir hukuk anlayışına sahip olduğu ve bu hukuk anlayışıyla bağlı olduğu söylenebilir. Hukuk kuralları veya hukuk düzeni ortadan kalkmış olsa da hukuk sürekli olarak varlığını devam ettirmektedir<sup>103</sup>. Anayurt'un ifade ettiği gibi; *“Hukuk bir ruhtur, hukuk düzenleri ve anayasalar ise ruhun yerleştiği bedenlerdir. Bu nedenle ruh başka bir bedende başka bir biçimde varlığını sürdürmektedir”*<sup>104</sup>.

Asli kurucu güce doğal hukuk ya da hukukun sürekliliği tezi açısından yaklaşıldığında asli kurucu güç yalnızca hukukun olmadığı yani hukuk düzeninin ortadan kalktığı durumlarda ortaya çıkmamakta, mevcut hukuk düzeni devam ederken de kurucu gücün yeni bir anayasa yaparak anayasalarını yeni-

<sup>99</sup> Anayurt, s.140.

<sup>100</sup> Gözler, Kemal (2011) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi-Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa, s. 316 vd.

<sup>101</sup> Anayurt, s. 141.

<sup>102</sup> Gözler (2011), s. 323, 331.

<sup>103</sup> Anayurt, s.142.

<sup>104</sup> Anayurt, s.142.

leyebileceği kabul edilmektedir<sup>105</sup>. Nitekim asli kurucu iktidarın yeni anayasanın eskiyi bertaraf eden ve yeni bir düzen tesis eden özelliği dolayısıyla ki iktidarı elinde bulunduranların bir önceki anayasada cari olan görev sınırlarından kurtulmak için mevcut anayasayı askıya alıp yeni anayasalar yaptıkları görülmektedir. Bu amaçla yapılan yeni bir anayasa, asli kuruca güce verilen yetkinin kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir.

Aslında, sadece görev süresi ile ilgili anayasa hükmünü değiştirmek daha kolaydır. Ancak ya daha büyük bir değişimi gerçekleştirmek amacıyla hazırlanan yeni anayasaların bu “yeni” olması özelliğinden faydalandığı ya da görev süresi ve dönem sınırı ile ilgili anayasa hükmü hakkındaki değişikliğin diğer anayasa değişikliklerinin arasına gizlendiği görülmektedir.

Başkanlar asli kurucu gücün mevcut hukuk düzeni devam ederken yeni anayasa yapabilme durumunu iki şekilde fırsata çevirmektedir. Ya mevcut başkan eski anayasa döneminde mevcut bulunan görev süresi sınırına takılmıştır ve yeni anayasa yapmak suretiyle bu dönem kuralından kurtulmaya çalışmaktadır ya da eski ve yeni anayasa döneminde toplamda görevde bulunduğu süre itibarıyla yeni anayasada öngörülen görev süre sınırına takılmıştır ve bunu aşmak için görev süresinin bir kısmının eski anayasa döneminde cari olduğunu, dolayısıyla da yeni anayasa döneminde geçerli bir dönem olarak sayılmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Yani başkanlar, yeni anayasa kabul edilir edilmez, kendileri ile ilgili olarak *saati sıfırlamakta*,<sup>106</sup> görev süresini *resetlemektedir*<sup>107</sup>. Çalışmamızda bu konudaki ülke örnekleri arasından Peru, Venezuela, Bolivya ve Ekvador örnekleri üzerinde durulacaktır<sup>108</sup>.

Peru’da başkan Fujimori, ilk kez seçildiğinde Peru Anayasası’na göre başkanın bir sonraki dönem tekrar seçilmesi mümkün değildir. Zira yürürlükteki 1979 Peru Anayasası, devlet başkanının tekrar seçilebilmesi için bir başkanlık dönemi boyunca beklemesini öngörmektedir<sup>109</sup>. Ancak bu dönemde Fujimori, parlamento çoğunluğu ile anlaşmamaktadır. Bununla birlikte başkan, ekonomi ve güvenlik politikaları sayesinde önemli bir halk desteğini elde etmiştir. Parlamento ise Fujimori’nin politikalarına engel olmaya çalışmaktadır. Bunun üzerine Fujimori, parlamento çoğunluğunun kendisine muhalif olması ve politikalarını yürütmemesi dolayısıyla 1992’de parlamentoyu fes-

<sup>105</sup> Anayurt, s.146.

<sup>106</sup> Ginsburg/Melton/Elkins, p. 1848.

<sup>107</sup> Tull/Simons, p. 84.

<sup>108</sup> Benzer şekilde Güney Sudan ve Ruanda örneği de bu kapsamda değerlendirilebilir. Detaylı bilgi için Bkz. Tull/Simons, p. 84, 92.

<sup>109</sup> md 205: “El mandato presidencial es de cinco años. Para la reelección, debe haber transcurrido un período presidencial” (Başkanlık dönemi beş yıldır. Tekrar seçilmek için bir başkanlık dönemi geçmesi gerekir.-çeviri tarafımıza attır) Bkz. 1979 Peru Anayasası, <<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>>, l.a.d.19.9.2019.

hetmiş (autogolpe), yüksek yargı üyelerini görevden almış ve 1979 anayasasını askıya almıştır<sup>110</sup>. Başkan, bu dönemde bir kurucu meclisi teşekkül ettirmiş ve kendi himayesi altında 1993 Anayasası'nın yürürlüğe girmesini sağlamıştır. Bu anayasaya göre başkan, üst üste iki dönem seçilebilmektedir<sup>111</sup>. Yani yeni anayasa ile birlikte Fujimori, iki kez aday olma imkânı elde etmiştir. 1995 yılında ise başkanın ikinci kez seçildiği görülmektedir. Başkanın ikinci döneminde Fujimorista'lar Anayasa'nın otantik yorumunu yapmak amacıyla bir kanun kabul etmiştir. Bu kanun vasıtasıyla, başkanın birinci döneminin 1979 Anayasası döneminde gerçekleştiği, dolayısıyla 1993 Anayasası kapsamında geçerli bir başkanlık dönemi olarak kabul edilemeyeceği savunulmuştur<sup>112</sup>. Böylelikle Fujimori'ye üçüncü bir dönem için tekrar seçilme imkânının sağlandığı görülmektedir<sup>113</sup>. Benzer bir süreç, Venezuela'da Hugo Chavez döneminde de yaşanmıştır. Chavez, 1999'da başkan olarak seçilmiştir. Venezuela Anayasası'nda da başkanın üst üste seçilmesinin yasak olduğu görülmektedir<sup>114</sup>. Chavez, başkan seçildiğinde parlamentoda muhalif bir çoğunluk vardır. Bu nedenle başkan bir referandum vasıtasıyla kurucu meclis kurulmasını sağlamış ve bu meclisin %96'sı yeni anayasayı kabul edilmiştir. 2000 yılında ise tekrar seçimlere gidildiği görülmektedir. Chavez, bu seçimleri kazanırsa, bunun onun ilk dönemi olacağını ileri sürmüştür. Bu sayede başkanın 1999 yılının haricinde 2000 ve 2006 yıllarında yeni anayasa yürürlükteyken iki kez daha seçilmeyi başardığı görülmektedir<sup>115</sup>.

Bolivya'da ise başkan Evo Morales, ilk kez 2005'te başkan olarak seçilmiştir. Seçildiği dönemde 2004 Anayasası yürürlükteydi. Bu Anayasa'nın 87.

<sup>110</sup> **Berntzen, Einar/ Holvik Skinlo, Tor-Einar** (2010) "Peru and the Fujimori Presidential Breakdown in 2000: Continismo Gone Bad", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Llanos, Mariana/ Marsteintredet, Leiv, Palgrave MacMillian, p. 199-200.

<sup>111</sup> İlgili anayasa hükmü 2000 yılında tekrar eski şekline dönüştürülerek aralıklı seçim modeli benimsenmiştir. Konuyu düzenleyen "1993 Peru Anayasası'nın 11. maddesinin son hali şu şekildedir: "*El mandato presidencial es de cinco años, no hay reeleccion inmediata. Transcurrido otro periodo constitucional, como minimo, el expresidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones.*", (*Başkanlık dönemi beş yıldır, tekrar seçilme yoktur. Eski başkan, en az bir anayasal dönem geçtikten sonra, aynı şartlar altında görevine dönülebilir.-çeviri tarafımıza aittir*). Bkz. **1993 Peru Anayasası**, <<https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PER%C3%9A-Constitucion.pdf>>, l.a.d.19.9.2019.

<sup>112</sup> **Serrafero** (2010), p. 23; **Penfold/Corrales/Hernandes**, p. 545.

<sup>113</sup> Ancak 2000 yılında başkan, muhalif bir parlamento ile karşılaşmış, hakkında yolsuzluk iddiaları ortaya çıkmış ve üçüncü dönemini tamamlayamadan görevden alınmıştır. Bkz. **Ekinci**, p. 43-44.

<sup>114</sup> 1961 Venezuela Anayasası'nın 184. maddesi şu şekildedir: Artículo 184.- "*No podrá ser elegido Presidente de la República quien está en ejercicio de la Presidencia para el momento de la elección, o lo haya estado durante más de cuarenta días en el año inmediatamente anterior, ni sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*" (*Seçim anında Cumhurbaşkanı olan veya bir önceki yılın yüz günü boyunca Cumhurbaşkanlığı makamının idaresinde olan kişi veya onların üçüncü dereceye kadar kan bağı veya ikinci dereceye kadar kayın hısımlığı olan kişi Cumhurbaşkanı olarak seçilemez.-çeviri tarafımıza aittir*) Bkz. **1961 Venezuela Anayasası**, <<http://americo.usal.es/oir/legislatura/normasyreglamentos/constituciones/Venezuela1961.pdf>>, l.a.d.19.9.2019.

<sup>115</sup> **Penfold/Corrales/Hernandes**, p. 545-546.

maddesi de Peru ve Venezuela’da olduğu gibi art arda tekrar seçilmeyi yasaklamaktadır. Buna göre başkan, yalnızca bir kez daha seçilebilir. Bunun için de en az bir başkanlık dönemi kadar beklemelidir<sup>116</sup>. Buna karşın 2009 yılında yeni anayasa kabul edilmiştir. Bu Anayasa da başkanın art arda iki kez seçilmesine müsaade etmektedir. Ancak siyasi muhalefet, başkan karşısında birleşmiştir. Bu bağlamda muhalefetin başkan ile anlaşığı görülmektedir. Bu anlaşma sonucunda anayasaya bir geçiş hükmü konulmuş ve *anayasanın yürürlüğe girmesinden önceki görevlerin, yeni görev dönemleri sayılırken hesaba katılması* kararlaştırılmıştır<sup>117</sup>. Bu şu anlama gelmektedir: Bir önceki dönemde görevli olanların *–ki 2005 yılında seçilmiş ve hâlen görevde olan Evo Morales bunlardan biridir–* dönemleri, yeni anayasanın ilk dönemi olarak kabul edilecektir<sup>118</sup>. Hatta basın, açıkça anayasada siyasi anlaşmanın sonucu olduğu belirtilmese de, bu geçici hükmün muhalefetin bir başarısı olduğunu ifade etmiştir<sup>119</sup>. Buna karşın başkan Evo Morales, 2014’te, tıpkı Fujimori gibi, yeni anayasa döneminde yalnızca bir kez seçildiğini, onun da 2009 seçimleri olduğunu, dolayısıyla tekrar aday olabileceğini ileri sürmüş ve üçüncü kez başkan adayı olarak seçilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise Morales bakımından, 2009’da anayasa değiştiği, bu nedenle de 2005’deki ilk başkanlığının yeni anayasa dönemi için geçerli olmadığını hükme bağlamış ve bu adaylığı anayasaya aykırı görmüştür<sup>120</sup>. Benzer şekilde Ekvador’da Correa’nın da ilk dönemi içerisinde yeni anayasa (2008 Anayasası) kabul edilmiş, Correa’nın ilk döneminin yeni anayasa için hesaba katılmaması yönünde bir uygulama benimsenmiştir<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> İlgili hüküm şu şekildedir: “*El mandato improrrogable del Presidente de la República es de cinco años. El Presidente puede ser reelecto por una sola vez después de transcurridos cuando menos un período constitucional.*” (Cumhuriyetin başkanının genişletilebilir olmayan görev süresi beş yıldır. Başkan yalnızca bir kez daha, en az bir anayasal dönem geçtikten sonra, tekrar seçilebilir. –çeviri tarafımıza aittir), Bkz. **2004 Bolivya Anayasası**, <<https://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-20040413.html>>, l.a.d.19.9.2019.

<sup>117</sup> 2009 Bolivya Anayasası, Geçiş Hükümleri (Disposiciones Transitorias), Primera /II: “*Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución seran tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones.*” (Bu anayasanın yürürlüğe girmesinden önceki dönemler, yeni görev dönemlerinin sayılması amacıyla hesaba katılır–çeviri tarafımıza aittir) Bkz. **2009 Bolivya Anayasası**, <[https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)>, l.a.d. 19.9.2019.

<sup>118</sup> Rivera, Jose A. (2011) “La Reeleccion Presidencial en el Sistema Constitucional Boliviano”, Revista Boliviana. de Derecho, No: 12, p. 26, 28.

<sup>119</sup> Rivera, p. 27.

<sup>120</sup> **Castella, Josep Maria/ Cleveland, Andreu, Sarah/Hyest, Jean-Jacques/Kang, Lllwon/ Otalora Malassis, Janine M/Tuori, Kaarlo** (2018) “Informe Sobre Los Limites a la Reeleccion Parte I-Presidentes”, Comisión Europea Para la Democracia a Traves del Derecho, Aprobado por la Comisión de Venecia en Su 11. Sesión Plenaria, 16 y 17 de Marzo de 2018, p. 7: BBC, “Bolivia President Evo Morales ‘Loses’ Fourth Term Bid”, <<https://www.bbc.com/news/world-latin-america-35628093>>, l.a.d.19.9.2019.

<sup>121</sup> Bkz **Landau, David/Roznai, Yaniv/Dixon, Rosalind** (2019) “Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons From Latin America”, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3208187](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3208187)>, l.a.d.10.10.2019, p. 9.



Bu uygulama, ülkelerin anayasayı yorumlama farklılıklarından kaynaklanıyor olabilir. Bu nedenle belki anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması örneği olarak kabul edilmemelidir. Bununla birlikte incelenen ülkelerden Venezuela, Bolivya ve Ekvador'da aynı başkanların görevde sınırsız bir şekilde kalmak amacıyla görev sınırını kaldırma girişiminde buldukları da görülmektedir. Peru'da ise Fujimori hakkındaki yolsuzluk iddiaları sonrasında parlamento tarafından görevden alınmıştır<sup>122</sup>. Yani bu ülkelerden hiçbirinde başkanlar görev sınırına riayet ederek görevden ayrılmamıştır.

## B. HÜKÜMET SİSTEMİNİ DEĞİŞTİRMEK

### 1. Gücün Devlet Başkanlığı Makamından Başbakanlık Makamına Devri: Ermenistan Örneği

Hükümet sistemleri, başkanlık sistemi ve başkancı sistemler gibi tek başlı hükümet sistemleri ile parlamenter sistem ve yarı-başkanlık sistemleri gibi çift başlı hükümet sistemleri olarak ayrılabilir<sup>123</sup>. Görev sınırı üzerindeki tartışmalar ise genelde çift başlı hükümet sistemlerinin kendi alt grupları içerisindeki geçişkenliği sağlayan anayasa değişiklikleri üzerinden ele alınmaktadır<sup>124</sup>. Örneğin Ermenistan'da 2015'te gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile sistem yarı başkanlık sisteminden parlamenter sisteme evirilmiştir.

Ermenistan'da 2005 Anayasa değişiklikleri ile bir *başbakanlı-başkanlık* sisteminin kabul edildiği görülmektedir. Buna göre Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmekte ve iki dönem görev yapabilmeydi. Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen bir başbakan Bakanlar Kurulu'nu kurmaktaydı ve bu Bakanlar Kurulu parlamentoya karşı sorumluydu. Buna karşın Bakanlar Kurulu'nun Cumhurbaşkanı'na karşı bir siyasal sorumluluğu bulunmamaktaydı<sup>125</sup>. Başbakan, parlamento tarafın-

<sup>122</sup> Ekinci, s. 43.

<sup>123</sup> **Anayurt, Ömer/Ekinci, Ahmet** (2017) "Tek Yapılı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinin Başkan Yardımcılığı Kurumu ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz", Zafer Gören Armağanı, Yetkin Yayınevi, s. 440-500.

<sup>124</sup> Elbette Rusya'da Putin-Medvedev örneğinde görüldüğü üzere herhangi bir anayasa değişikliği öngörülmesinin yalnızca başbakan ile devlet başkanının yer değiştirdiği örnekler de söz konusudur. Bu ise çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Konu ile ilgili olarak Bkz. **Baturo**, p. 645.

<sup>125</sup> **Shugart, Matthew Soberg** (2005) "Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns", French Politics, Vol: 3, p. 333; **Shugart/Carey**, p. 24-27; 1995-2005 arasındaki dönem ise bir *başkancı-parlamenter sistemin* benimsendiği görülmektedir. Bu sistemde ise Bakanlar Kurulu ve başbakan, hem Cumhurbaşkanı hem de parlamento karşısında sorumludur. Ayrıca bu referandum ile birlikte Cumhurbaşkanı'nın parlamentoyu fesih yetkisinin de sınırlandırıldığı görülmektedir. **Markarov, Alexander** (2016) "Semi-presidentialism in Armenia", Semi-presidentialism in the Caucasus and Central Asia, Ed. Elgie, Robert/Moestrup, Sophia, Palgrave Macmillan, p. 68

dan belirlenirdi ve başbakan tarafından kurulan Bakanlar Kurulu da parlamento karşısında sorumluydu. Bu süreçte devlet başkanı ise Sarkisyan'dır. Sarkisyan, Cumhuriyetçi Parti (*Republican Party*) lideri olarak parlamentoda kendisini destekleyen kuvvetli bir çoğunluk iktidarına sahiptir. Zira Sarkisyan'ın partisi, kendisini destekleyen küçük partiler dışında dahi 131 üyeli parlamentonun 69'una sahiptir<sup>126</sup>. Ancak şu husus dikkat çekicidir ki Sarkisyan'ın 2018'de görev süresi dolacaktır. Yani Sarkisyan, 2018 seçimlerinde tekrar aday olamayacak ve iktidarını kaybedecektir. Bu nedenle Sarkisyan'ın hem bu kadar güçlü olduğu bir dönemde referandumun gerçekleştirilmesi hem de bu değişiklik sürecinin Sarkisyan'ın görev süresinin sonuna tekabül etmesi, Ermenistan politikası açısından dikkatle incelenmelidir. Zira muhalefet partileri, görev süresinin dolacak olması nedeniyle yetki ve sorumlulukları Bakanlar Kurulu'na devrettiği, kendisi de başbakanlık makamını elde ederek görev sınırından kurtulmayı amaçladığı şeklinde eleştirileri Sarkisyan'a yönlendirmişlerdir<sup>127</sup>.

Gerçekten de referandum sonrasında gerçekleştirilen 2017 parlamento seçimleri, Sarkisyan'ın Cumhuriyetçi Partisi tarafından %49 oy ile kazanılmıştır<sup>128</sup>. Bakanlar Kurulu'nun da Cumhuriyetçi Partiye mensup olan başbakan Karapetyan tarafından oluşturulduğu görülmektedir. Muhalefet partilerinin anayasa değişikliğinin gizli amacı yönündeki endişelerinin de yerinde olduğu anlaşılmıştır. Zira Sarkisyan, Cumhurbaşkanlığı makamından ayrıldıktan sonra Karapetyan ile görev değişikliği gerçekleştirmiş ve başbakan olarak göreve başlamıştır.

Söz konusu anayasa değişikliğinin Sarkisyan'ın iktidarını daha da güçlendireceği endişesi ve hatta bu endişenin kuvvetli bir gerçeklik payını haiz olduğunun ortaya çıkması, Ermenistan'da bir halk hareketine sebep olmuştur. Sokak gösterileri uzun bir süre devam etmiş ve iktidarın halk desteğini kaybettiğine delil haline gelmiştir<sup>129</sup>. Gösterilerin amacı ise tam da Sarkisyan'ın iktidarını devam ettirmesini

<sup>126</sup> 2012 Ermenistan Parlamento Seçimleri Hakkında detaylı bilgi için Bkz. **Lorusso, Marilisa** (2012) "The 2012 Armenian Parliamentary Elections: Implications for Armenian Foreign Policy", Istituto Affari Internazionali, IAI WORKING PAPERS 12 | 14 – May 2012, p. 1-12.

<sup>127</sup> **Paturyan, Yevgenya Jenny** (2015) "The 2015 Referendum in Armenia", East European Quarterly, Vol: 43, No: 4, p. 295.

<sup>128</sup> **Reuters**, "Ruling party wins Armenian parliamentary vote", <<https://www.reuters.com/article/us-armenia-election/ruling-party-wins-armenian-parliamentary-vote-idUSKBN1740ZI>>, 1.a.d.20.9.2019.

<sup>129</sup> Sokak hareketleri, günümüzde iktidarın hesap verebilirliğini işletmek amacı gerçekleştirilen ve pek çok ülkede gözlemlenen bir olgudur. Latin Amerika'dan ülke örnekleri için bkz. **Ekinci**, s. 27-30.

engellemektir<sup>130</sup>. Gösteriler sonucunda Sarkisyan ise “*sokak hareketleri benim görev süreme karşı. Bu taleplerini yerine getiriyorum*” diyerek 24 Nisan’da istifa etmiştir<sup>131</sup>. Akabinde ise gösterilerin lideri Pashinyan’ın parlamento tarafından başbakan olarak seçildiği görülmektedir<sup>132</sup>. 2018 yılındaki seçimler ise Pashinyan tarafından kurulan koalisyonun geçerli oyların %70’ini alması ile neticelenmiştir<sup>133</sup>.

Ermenistan örneğini çalışmamız kapsamında bir anayasa değiştirme iktidarının kötüye örneği olarak ön plana çıkartan husus, ülkede parlamenter sistemin kabul edilmesi ve başbakanın görev süresinin anayasal olarak bir sınıra tabi tutulmamış olması değildir. Zira çalışmamız parlamenter sistemleri incelemektedir. Parlamenter sistemlerdeki görev süresi sorunu ayrı bir çalışmanın konusudur. Bununla birlikte Ermenistan örneğinin suistimal ettiği nokta, halk tarafından seçilerek göreve gelen ve 10 yıldır devlet başkanlığı gücünü elinde bulunduran, yasamaya hâkim olan Sarkisyan’ın, bu gücünü devam ettirebilmek maksadıyla anayasayı değiştirmiş olmasıdır. Bu noktada bir geçiş hükmünün anayasa değişikliği döneminde öngörülmemiş olmasının açık bir sonucu olarak Sarkisyan’ın bu boşluğu kendi lehine kullanma isteği ise ancak 2018 yılında pratiğe dökülmüştür. Dolayısıyla Ermenistan örneğinde iktidarın gücünü artırmak adına, yani kendisine kişisel çıkar sağlamak amacıyla, başvurduğu anayasa değişikliğinin, bu iktidarın kötüye kullanılması örneği olduğu da kendiliğinden ortaya çıkmıştır. Bu anayasa değişikliğinin ortaya çıkardığı siyasi tablonun sokak hareketleri ile neticelenmesi, sistem içerisinde yeterli denge ve denetleme unsurlarının olmamasının bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Zira halk, iktidarı bizzat kendisi sınırlandırma yolunu tercih etmiştir. Bu ise demokratik bir düzende savunulabilir ise de gösterilerin akıbetinin öngörülemezliği nedeniyle ilk planda arzu edilen bir tablo değildir.

## 2. Çift Başlı Yürütmeden Tek Başlı Yürütmeye Geçiş: Türkiye Örneği (Bir Muhtemel Müstakbel İçin Ön Değerlendirme)

Ülkemizde 2007 Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanı’nın halk tarafından seçilmesi esası kabul edilmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı, halk tarafın-

<sup>130</sup> **The Guardian**, “Armenian protester stake to streets again as talks break down”, <<https://www.theguardian.com/world/2018/apr/25/armenia-calls-for-new-rally-after-talks-on-replacing-prime-minister-halted>>, İ.a.d.20.9.2019.

<sup>131</sup> **BBC News**, “Serzh Sargsyan: Armenian PM resigns after days of protests”, <<https://www.bbc.com/news/world-europe-43868433>>, İ.a.d.20.9.2019.

<sup>132</sup> **DW**, “Armenian parliament elects protest leader Nikol Pashinyan prime minister”, <<https://www.dw.com/en/armenian-parliament-elects-protest-leader-nikol-pashinyan-prime-minister/a-43697066>>, İ.a.d.20.9.2019.

<sup>133</sup> **BBC News**, “Armenia election: PM Nikol Pashinyan wins by landslide”, <<https://www.bbc.com/news/world-europe-46502681>>, İ.a.d.20.9.2019.

dan, kullanılan geçerli oyların salt çoğunluğu ile seçilir. Görev süresi beş yıldır. Ayrıca söz konusu değişiklik ile Cumhurbaşkanı'nın *en fazla iki dönem* bu görevi yerine getirebileceği de hükme bağlanmıştır. Bu değişiklik ile birlikte ülkemizde başbakanlı-başkanlık sistemi kabul edilmiştir. Zira Cumhurbaşkanı, TBMM içerisinden bir milletvekilini başbakan olarak atamaktaydı. Bu başbakan tarafından kurulan Bakanlar Kurulu da TBMM'den güvenoyu olarak görevine başlamaktaydı. Ayrıca Bakanlar Kurulu Cumhurbaşkanı'na karşı değil TBMM'ye karşı sorumluydu. Bu hükümler çerçevesinde Cumhurbaşkanı Erdoğan, 2014 yılında halk tarafından seçilen ilk Cumhurbaşkanı olmuştur. Ayrıca bu döneme kadar olan süreçte 2002 yılından Ak Parti'nin tek başına iktidar olduğu bir parlamenter sistem tecrübesi söz konusudur.

Ülkemizin sistemi içerisinde Cumhurbaşkanı'nın, tarihsel olarak politika ve Bakanlar Kurulu üzerinde etkisi bulunmaktadır. Ancak başbakanlı başkanlık sisteminin çift başlı yapısı gereği Cumhurbaşkanı ve başbakan arasında gerilim çıkması her daim söz konusudur. Bu çerçevede 2014-2018 dönemi içerisinde Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulu arasında bazı anlaşmazlıkların olduğu görülmektedir. 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişiminin politik faturası da bu nedenle yürütme içerisinde gerilim ortaya çıkaran çift başlı yapıya kesilmiş, akabinde tek başlı bir yönetim modeli kabul edilmiştir. 2017 anayasa değişiklikleri ile kabul edilen bu yeni sistemde başbakanlık makamı ve Bakanlar Kurulu kaldırılmış, Cumhurbaşkanı yürütmenin başı olarak düzenlenmiştir. Bakanlar ise Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta ve görevden alınmaktadır. Dolayısıyla hükümet sistemi değişmiştir. Ancak değişen pek çok hüküm arasında değişmeyen hükümlerden biri ise 1982 Anayasası'nın 101/2 hükmüdür. Söz konusu hüküm şu şekildedir: *“Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.”* Bununla birlikte Anayasa'nın 116. maddesine şu hüküm eklenmiştir: *“Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir. (md 116/3)”*Bu iki hüküm incelediğimiz konu ile ilgili olarak şu iki soruyu akla getirmektedir: (1) *Hükümet değişikliği, mevcut Cumhurbaşkanı için, dönem sınırını resetlemekte midir?* (2) *116/3 hükmü ile getirilen hüküm, Cumhurbaşkanı'na bir üçüncü dönemi tesis etmek için öngörülmüş olabilir mi?*

Bir kere 101/2 hükmü değişiklik öncesinde de sonrasında da kelimesine bile dokunulmadan 1982 Anayasasında muhafaza edilmiştir. Ayrıca Anayasa değişikliği yapılırken görevi devam etmekte olan 12. Cumhurbaşkanı'nın görev süresi-

ne ilişkin bir istisna ya da geçiş hükmün öngörülmediği görülmektedir<sup>134</sup>. Ortada yeni bir anayasa yoktur. Dolayısıyla Peru, Venezuela ya da Bolivya'da söz konusu olan tartışmaları yapmak dahi abestir. Zira bir "hukuk-boşluğu" (*askıya alınmış, uygulanmayacak bir anayasa söz konusu değildir*) oluşmamıştır. 1982 Anayasası halen yürürlüktedir.

Buna karşın bir makamın ortadan kaldırılarak bu makamın yetkilerinin de bir başka makama aktarılıyor olması da bir önceki devlet başkanlarının dönemlerinin yok sayılması için geçerli bir neden sayılmamalıdır. Zira salt bir makama yeni yetkiler ihdas ediliyor olması, bu makamda daha önceden bulunmuş kişilerin hukuka uygun olarak bu makamda yer aldıkları ve kanuni yetkilerini kullandıkları gerçeğini değiştirmemektedir. Yani "kullanamadıkları" bu yetkilerin, dönem sınırlarını yok saymak için geçerli bir gerekçe oluşturduğu düşünülmemektedir. Bu iddia, tabiri caiz ise, kullandığı telefon markasının yeni, daha modern ve daha pahalı bir modeli piyasaya sürmesi karşısında müşterinin firmaya telefonunu iade ederek bu telefonu hiç almamış olmayı ya da aynı ücretle yeni modeli elde etmeyi talep etmesine benzemektedir. Oysa zaman değişmektedir. Her eylem, kendi zamanının ruhunu yansıtmaktadır. Yalnızca kurallar, değişmediği müddetçe herkes için geçerli ve bağlayıcı olmaya devam etmektedir. Zira Gözler'in ifadesiyle, *bir anayasa veya kanun maddesine istisna getiren bir hüküm yok ise, o Anayasa veya kanun maddesi, derhal uygulama ilkesi doğrultusunda, herkese ve hatta devam eden durumlara da uygulanır.*"

Bu koşullar altında 101/2 hükmünün 12. Cumhurbaşkanı için de geçerliliğini koruduğu sonucu çıkarılmaktadır. Bu koşullar altında Cumhurbaşkanı'nın, 24 Haziran 2018 seçimlerinde *tekrar aday olduğu ve ikinci kez Cumhurbaşkanı seçildiği* görüşü daha savunulabilir durmaktadır. Dolayısıyla, hukukun sürekliliği perspektifinden bakıldığında ve diğer değişkenler sabit kaldığı sürece, sonraki seçimlerde, mevcut Cumhurbaşkanı'nın üçüncü kez aday olmaması, daha uygun görünmektedir<sup>135</sup>. 2017 anayasa değişiklikleri ile hükümet sisteminin değiştiği ve bu durumda bir önceki dönemlerde görev yapan Cumhurbaşkanlarının görev süresinin resetlendiği, Cumhurbaşkanının görev süresine ilişkin 101/2 ve 116.maddeler ile getirilen hükümlerin ülkenin yeni bir hükümet sistemine geçilmiş olması nedeniyle yeni bir anayasanın hükmü olarak değerlendirilmesi veya yeni bir anayasa

<sup>134</sup> **Gözler, Kemal** (2019) Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2019, s. 793-795; **Sevinç, Murat** (2018) "Hayret Verici Bir "Anayasa Yorumu", <<http://www.diken.com.tr/hayret-verici-bir-anayasa-yorumu/>>, 2018, s.e.t. 21.9.2019.

<sup>135</sup> **Gözler, (2019)**, s. 795; **Sevinç, (2018)**; **Kaboğlu, İbrahim** (2019) "Bir kimse en fazla iki defa cumhurbaşkanı seçilebilir", Birgün Gazetesi, <<https://www.birgun.net/haber/bir-kimse-en-fazla-iki-defa-cumhurbaşkanı-seçilebilir-266533>>, s.e.t. 21.9.2019.

olarak değerlendirilmese bile yeni sistemin yeni makamına seçilmenin sıfırdan bir dönem sayılması gibi argümanlarla ileri sürülebilir<sup>136</sup>.

Bu durumda Cumhurbaşkanı'nın 2014 yılında seçildiği dönemin farklı bir hükümet sistemi içerisinde olduğu gerekçesiyle dönemden sayılmaması<sup>137</sup> ve buna bağlı olarak anayasa değişiklikleri sonrası 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan seçimle kazandığı dönemin ilk dönemden sayılması ve 116. maddede düzenlenen istisnai durum dışında ikinci bir döneminin daha olduğunun savunulması, asli kurucu iktidarın kurmaya çalıştığı anayasal düzenin usulen anayasaya uygun bir anayasa değişikliği ile ortadan kaldırılmaya çalışıldığı, yani anayasaya karşı hile olduğu yönünde eleştirilere maruz kalabilir<sup>138</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki çalışmanın hazırlandığı dönem itibarıyla ne Cumhurbaşkanı ne de Ak Parti, 2023 seçimleri için tekrar aday olacağı yönünde bir açıklama yapmış ya da bir girişimde bulunmuş değildir. Dolayısıyla bu görüşler, bir ihtimale yönelik öne sürülmektedir.

Peki, 116/3 hükmüyle getirilen istisna Cumhurbaşkanı'na bir üçüncü dönem imkânı tanımakta mıdır? Devletin en yüksek makamında oturan kişi, anayasal olarak kendisine verilen iki dönemlik görev süresi ile sınırlı kalmayıp bir üçüncü dönem görev süresini aramak ister mi? Ya da seçmen, TBMM ile anlaşarak seçimlerin yenilenmesi kararı elde eden bir Cumhurbaşkanı'nın anayasal sınırlarını aşmak isteyen bir Cumhurbaşkanı adayını olarak algılar mı? Bir kere Cumhurbaşkanı, ancak TBMM'nin Cumhurbaşkanı'nın ikinci döneminde seçimlerin yenilenmesi kararı alması durumunda tekrar aday olabilir. Bu durumda Cumhurbaşkanı'na üçüncü kez aday olma imkânı anayasal olarak tanınmaktadır. Ancak bunun için bir kere TBMM'nin 3/5 çoğunluğunun ya tek başına ya da bir koalisyon vasıtasıyla desteğini elde etmiş olması gerekmektedir. Ayrıca Cumhurbaşkanı'nın aday olması durumunda seçimleri kazanacağına ilişkin bir kanaatinin de hâsıl olması elzemdir. Bununla birlikte, yukarıda görüldüğü üzere, görevli başkanın tekrar seçilmek konusunda oldukça önemli bir avantajı söz konusudur. Anayasa ise bu konuda engelleyici bir

<sup>136</sup> Örneğin Cumhurbaşkanlığının resmi internet sitesinde şu ifade geçmektedir: “16 Nisan 2017’de kabul edilen Anayasa değişikliği ile hayata geçirilen Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi’nin ilk Cumhurbaşkanı olarak 9 Temmuz 2018 tarihinde yemin ederek görevine başladı.” Bu cümle Cumhurbaşkanı Erdoğan’ın 2014’te seçildiği dönemin 2018’den sonrası için sayılmayacağı şeklinde anlaşılabilir. Ancak metnin hiçbir yerde 2014’te seçildiği dönemin dönemden sayılmayacağına ilişkin bir ifade yer almamaktadır. **T.C. Cumhurbaşkanlığı**, <<https://www.tceb.gov.tr/receptayyiperdogan/biyografi/>> s.e.t. 14.10.2019.

<sup>137</sup> 2:02:17’den itibaren Prof. Dr. Ersan Şen’in görüşleri bu yöndedir. Bkz. **CNN TÜRK** (2019) “CHP’de olağan şüpheliler kim? Kumpasçıyı kim koruyor, amaçları neydi? - Gece Görüşü 28.11.2019” <<https://www.youtube.com/watch?v=QhsHIXYHe7s>> s.e.t. 08.01.2020.  
<<https://www.youtube.com/watch?v=QhsHIXYHe7s>> s.e.t. 08.01.2020.

<sup>138</sup> **Gözler** (2011) s. 188.

hüküm düzenlemiş değildir<sup>139</sup>. Bu durumda ikinci döneminde olan bir Cumhurbaşkanı'nın TBMM ile anlaşabildiği her durumda tekrar seçilmenin yollarını arayacağı düşünülebilir<sup>140</sup>. Bu ise anayasal olarak Cumhurbaşkanı'na, siyasi desteği devam ettiği sürece üçüncü bir dönemi neredeyse garanti etmektedir. Bir devlet başkanının üç dönem bu makamı elde etmesinin kuvvetler ayrılığı ve temel hak ve özgürlükler ile olan ilişkisi ise Kolombiya Anayasa Mahkemesinin yukarıda adı geçen kararı göz önünde bulundurularak düşünülmelidir.

### C. GÖREV SÜRESİ İLE İLGİLİ HÜKMÜ DEĞİŞTİRMEK

Anayasalarda başkanların görev sürelerine ilişkin hükümler yer almaktadır. Anayasayı değiştirme iktidarının söz konusu hükümlere ilişkin düzenlemeler yapmak yönünde kullanılması, kendisine anayasa ile verilmiş olan bir yetkinin kullanılmasından ibarettir. Ancak anayasa değiştirme iktidarını elinde bulunduranlar, her zaman bu yetkiyi anayasanın temel yapısını ve ilkelerini korumak amaçlı kullanabilmekte, bazı hallerde anayasaya aykırı amaçlarla hareket edebilmektedir. Bu hareketleri ise tipik bir anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması örneği oluşturmaktadır.

Bu bağlamda anayasa değiştirme iktidarının görev süresine ilişkin yaptığı düzenlemelerin anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması kapsamına dâhil edilebilmesi için anayasa değiştirme iktidarının söz konusu anayasa değişikliğini hangi amaçla yaptığının tespiti gerekmektedir. Acaba ilgili anayasa değişikliği, yalnızca mevcut iktidarın görev süresini uzatmak maksadıyla mı gerçekleştiriyor yoksa söz konusu hükmün herhangi bir başkan için yeterli gelmediği düşüncesi mi söz konusudur? Bu konuda bir oydaşma, iktidar ve muhalefetin konu üzerinde bir uzlaşması bulunmakta mıdır? Söz konusu değişiklik, görev süresini tamamen mi ortadan kaldırıyor ya da anayasa değişikliği ile birlikte mevcut iktidarın kuvvetler ayrılığını, hak ve özgürlükleri ve demokrasiyi zedeleyecek ölçüde iktidarda kalmasına imkân mı tanınıyor? Bu hususlar incelenmelidir.

Bir kere başkanlar için bir dönem ya da iki dönem seçilme kuralı modern demokratik kuvvetler ayrılığı sistemlerinde bir kural haline gelmiştir.

<sup>139</sup> Benzer bir anayasal düzenleme Ekvador Anayasası'nda bulunmaktadır. Yine bir kriz durumunda Ulusal Meclis ya da başkan, Anayasa Mahkemesi'nin uygun görüşünü alarak seçimlerin yenilenmesi kararı verebilmektedir. (md. 130 ve 148) Ancak ilgili ülkede Başkanın görevden alınması kararının ya da Ulusal Meclis'in feshedilmesine ilişkin kararnamenin yayımlanmasından sonra en geç 7 gün içerisinde *Ulusal Seçim Konseyi*, hem yasama hem de yürütme organlarının *geri kalan sürelerinin tamamlanması için* seçim ilanı verir (md. 130/5, 148/3). Yani başkan için bir üçüncü dönem imkânı anayasal olarak engellenmiş olmaktadır.

<sup>140</sup> Benzer şekilde bkz. **Doğan, İlyas** (2017) "Türk Tipi Başkanlık Modeli Bağlamında 2017 Anayasa Değişikliğinin İrdelemesi", Dört Kıtada Başkanlık Sistemi, Ed. Doğan, İlyas/Ünver, Serdar, Astana Yayınları, Ankara, s. 27-28; **Tunç, Hasan** (2018) *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, s. 205-206; **Özbudun, Ergun** (2017) *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 313; **Gören, Zafer** (2017) *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 250.

Dolayısıyla tekrar seçilme yasağının bulunduğu ülkelerde ikinci bir dönem daha seçilme imkânı veren anayasa değişikliklerinin peşinen anayasaya aykırı olduğu ileri sürülemez<sup>141</sup>. Ancak bu yöndeki anayasa değişikliklerinin bir kötüye kullanma örneği teşkil etmediklerinden emin olabilmek adına da başkanların muhalefet partileri ile anlaşma yolunu tercih edip etmedikleri önemli bir ayırt edici unsurdur. Arjantin’de Menem, Brezilya’da Cardoso, Kolombiya’da Uribe dönemlerinde gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri buna örnektir.

Her üç başkan da tek dönem kuralına göre devlet başkanı seçilmiş, akabinde ise parlamento ile anlaşarak ikinci dönem seçilmeyi öngören anayasa değişikliğinin öncüleri olmuşlardır. Ancak başkanların parlamento ile pazarlıklara giriştiği görülmektedir. Yani bir uzlaşma ve müzakere ortamında bu değişiklikler söz konusu olabilmıştır. Menem ikinci kez tekrar seçilebilmek için parlamentoya karşı önemli “fedakârlıkta” bulunmuştur. Bir kere o dönem kadar anayasal olarak düzenlenmemiş ve keyfi bir şekilde kullandığı kararname yetkisine anayasal olarak sınırlandırma getirilmesini kabul etmiştir<sup>142</sup>. Ayrıca 6 yıl olan bir dönemlik görev süresinin 4 yıla düşürülmesine de razı olmuştur<sup>143</sup>. Brezilya’da ise Cardoso 90’lı yıllara damgasını vurmuştur. 1994’te başkan, beş yıllık tek bir dönem için seçilmiştir. Cardoso’nun ekonomi politikası olumlu sonuçlar vermektedir. Ancak başkanın bir döneme daha ihtiyacı vardır. Anayasa değişiklik teklifini parlamento sunan Cardoso, parlamentodaki muhalefet partileri ile pazarlığa girişmiştir. Bunun sonucunda bir dönemdeki görev süresinin beş yıldan dört yıla inmesini, tekrar seçilme kuralının sadece başkan hakkında değil yerel yöneticiler için de geçerli olmasını kabul etmiştir. Bu sayede teklif 1997 yılında Kongre’den geçmeyi başarmıştır<sup>144</sup>. Benzer şekilde Kolombiya’da ise Uribe’nin söz konusu anayasa değişikliğini önce referandumda kabul ettirdiği (*istişari referandum*), akabinde ise Kongre tarafından bu yönde bir anayasa değişikliğinin kabul edildiği görülmektedir<sup>145</sup>. Kolombiya Anayasa Mahkemesi ise bu değişikliği anayasaya uygun bulmuştur Zira mahkemeye göre iki dönem görev yapan bir başkanın kuvvetler ayrılığını ihlal etmesi ve devletin diğer organları üzerinde ezici bir

<sup>141</sup> **Kolombiya Anayasa Mahkemesi Kararı** (2010) Sentencia: C141/2010, Başlık 6.3.5.1.2. *El numero de periodos presidenciales en la doctrina*” ve Kolombiya Anayasa Mahkemesi Kararı, C-1040/2005.

<sup>142</sup> 1994 öncesinde Arjantin’de anayasada açıkça başkanın kanun gücünde kararname yetkisine sahip olduğuna ilişkin bir hüküm yoktur. Buna karşın önce başkan Alfonsin ardından da başkan Menem’in oluşturulan ekonomik planlar çerçevesinde karamamelere yönelmesi ve meclisin by-pass edilmesi hadiseleri ile karşılaşmıştır. Ekonomik krizden çıkmak için kanun gücünde kararnamelerin başkanlar tarafından kullanılması karşısında yüksek yargının zımni bir şekilde buna onay vermesi de kararname kullanımının önce meşrulaşmasına sonrasında ise norm hâline gelmesine zemin hazırlamıştır. Bkz. **Onaindia, Jose Miguel** (2009) “Separacion de Poderes y Facultades Legislativas del Presidente”, Buenos Aires, Argentina, Universidad de Buenos Aires (UBA), s. 44.

<sup>143</sup> **Penfold/Corrales/Hernandes**, p. 546-547; **Ginsburg/Melton/Elkins**, p. 1831-1832, 1851; **Carey**, p. 131

<sup>144</sup> **Penfold/Corrales/Hernandes**, p. 544-545; **Ginsburg/Melton/Elkins**, p. 1831-1832, 1851; **Carey**, p. 131.

<sup>145</sup> **Penfold/Corrales/Hernandes**, p. 547; **Serrafero**, (2010), p. 20-21.



baskı kurması güçtür. Ayrıca başkanlık sistemlerinde başkanın iki dönem görev yapması genel bir uygulamadır<sup>146</sup>.

Buna karşın, üçüncü dönem tekrar seçilmenin kabul edilmesi, bir kişinin en az 12 yıl yürütmeye sahip olmasına imkân tanır. Bu ise yukarda görüldüğü üzere iktidarın kişiselleşmesine, kişinin otoriterleşmesine neden olur. Sisteme uzun süre hâkim olan bir kişi, onu destekleyen parti veya koalisyon vasıtasıyla hem yasama ve yürütme hem de atama yetkileri sayesinde zaman içerisinde bürokrasi ve yargıya hâkim olur. Bu ise kuvvetler ayrılığı ve liberal demokrasinin zarar görmesine yol açar. Bu nedenle üçüncü dönemi arzu ederek gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinin anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması örneği olduğu kabul edilmelidir. Zira bu noktada hem Menem hem de Uribe tarafından, üçüncü bir dönem için tekrar seçilme girişimlerinin parlamento ve Anayasa Mahkemesi tarafından engellendiği görülmektedir. Fakat otoriter rejimlerin görüldüğü pek çok sistemde liderler bu arzularını gerçekleştirmiş görünmektedir.

Bu yöndeki anayasa değişikliklerinin, kötüye kullanma örneği olduğu en açık örnekler, görev sınırını tamamen ortadan kaldırmayı amaçlayan anayasa değişiklikleridir. Çünkü burada amaç, anayasa değişiklikleri ile asli kurucu iktidarın kurduğu anayasal düzene katkıda bulunmak değil kurulmuş olan anayasal düzeni başkana kişisel çıkar sağlamak amacıyla kullanmaktan ibarettir. Daha önce de ifade edildiği gibi başkanların dönem sınırının bulunması kuvvetler ayrılığını benimsemiş modern demokrasiler için norm halini almıştır. Yapılan bir anayasa değişikliği ile dönem sınırının tamamen ortadan kaldırılması aynı kişinin, iktidarın avantajlarını kullanarak sürekli görevde kalabilmesini sağlama amaçlıdır. Bu noktada Venezuela örneği karşımıza çıkmaktadır. Yukarda görüldüğü üzere Chavez döneminde yeni anayasa yapılmış, devlet başkanının iki kez seçilmesi öngörülmüştür. Ancak 2007 yılında hem başkanın hem de halk tarafından seçilen diğer görevlilerin dönem sınırını kaldırmayı öngören bir anayasa değişikliğinin referanduma sunulduğu görülmektedir. Söz konusu referandum, bir istişari referandum özelliği taşımaktadır. Ancak yine de referandum sonucunda halk, başkanın dönem sınırının kaldırılmasına onay vermemiştir. Bununla birlikte Chavez, benzer bir anayasa değişikliğini 15 Şubat 2009'da tekrar referanduma sunmuş, bu kez arzuladığı sonucu %54,3 ile elde etmiş, 2012 yılında ise üçüncü (*dördüncü*) kez başkan olarak seçilmiştir. Fakat sağlık sorunları nedeniyle 2013 yılında vefat etmiştir. Venezuela bu konuda tek örnek değildir. 18 Mart 2009'da Azerbaycan'da gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile başkanın iki dönem seçilme kuralı kaldırıl-

<sup>146</sup> Penfold/Corrales/Hernandes, p. 545-546; Serrafero (2010), p. 21-22.

muştur. Böylece 2003'te göreve başlayan İlhan Aliyev, 2018 seçimleri itibarıyla dördüncü kez başkan olarak seçilmiştir<sup>147</sup>. Keza Belarus'ta 1996 yılında anayasa değişikliği yapılarak iki dönem kuralı kabul edilmiştir. Bu kapsamda başkan Lukashenko, 2004 yılında halktan bir dönem daha aday olmayı talep etmiş ve bunu elde etmiştir. Akabinde ise başkanın 2006, 2010 ve 2015'te tekrar seçildiği görülmektedir. Başkan, 1994'te göreve başladığı düşünüldüğünde, 25 yıllık bir iktidarı garantilemiş görünmektedir<sup>148</sup>.

Bu konudaki kötüye kullanma örneklerinin önemli bir kısmı ise Afrika ülkelerinde karşımıza çıkmaktadır. Djibouti, Kamerun, Çad, Uganda, Guinea, Gabon, Togo ve Nijer'de başkanlar görev sınırı ile karşılaşır karşılaşmaz anayasayı değiştirmiştir<sup>149</sup>. Örneğin Çad'da 1990 yılında darbe ile iktidara gelen İdriss Deby, 6 yıllık bir geçiş dönemi sonrasında yeni bir anayasanın benimsenmesini kabul etmiştir. Bu yeni anayasada başkan için iki dönem sınırı öngörülmektedir. Bu sayede Deby, 1996 ve 2001'de başkan olarak seçilmiştir. Uluslararası baskı ve iç ayaklanmalar karşısında Deby, bir kez daha seçilmeye çalışmayacağı ve anayasaya saygı göstereceğini vadedmiştir. Bununla birlikte başkan 2005 yılında bir referandum vasıtasıyla dönem sınırını kaldırmıştır. Bu sayede başkanın 2006, 2011 ve 2016 yıllarında tekrar seçildiği görülmektedir<sup>150</sup>. Uganda'da ise başkan Museveni, silahlı bir isyanın lideri olarak 1986'da iktidara gelmiştir. Demokratik olarak ise ilk kez 1996'da, akabinde ise 2001'de başkan olarak seçilmiştir. Anayasal olarak iki dönem kuralının kabul edilmesi dolayısıyla 2006'da başkanın görev süresi dolacaktır. Bu nedenle başkanın üçüncü bir dönem için seçilebilmek amacıyla parlamentoyu ikna etmek için bir kampanya başlattığı görülmektedir. Bu kampanya ise yolsuzluk üzerine kuruludur. Yani başkan, vekillere rüşvet vererek onların evet oyu vermesini sağlamıştır<sup>151</sup>.

Bazı ülkelerde bu değişikliğin iktidardaki kişi için gerçekleştirildiği açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin Ruanda'da 2000-2003 yılları arasında geçici başkan olarak görev yapan Kagame, 2003 ve 2010'da yedi yıl için seçilmiştir. Kasım 2015'de ise çift meclisli parlamentonun her iki meclisi tarafından bir anayasa değişikliği kabul edilmiş, sonrasında bu değişiklik referandum ile onaylanmıştır. Söz konusu anayasa değişikliği, iki dönem kuralını muhafaza ederek her dönem için öngörülen görev süresini yedi yıldan beş yıla indirmektedir. Fakat ilginç olan şudur ki 2017-2024 arasında bir geçiş dönemi öngörülmektedir. Bu sayede başkan

<sup>147</sup> **Comisión de Venecia**, p. 49.

<sup>148</sup> **Comisión de Venecia**, p. 50.

<sup>149</sup> **Posner/Young** (2018), p. 267; **Tull/Simons**, p. 91.

<sup>150</sup> **Tull/Simons**, p. 91.

<sup>151</sup> **Posner/Young** (2018), p. 267.

Kagame'nin dönem sınırına takılmaksızın bir üçüncü dönem daha seçilmesi "garanti" altına alınmıştır. Aynı zamanda geçiş dönemi sonrasında dönem sınırı kuralı da resetlenecektir. Bu sayede 2024 sonrasında Kagame'nin iki dönem daha aday olmasının önünün açıldığı görülmektedir. Yani 2000 yılından beri görevde olan başkan, 2034 yılına kadar görevde kalma imkânı elde etmiş olmaktadır<sup>152</sup>. Benzer şekilde Namibya'nın 1990 anayasasında iki dönem kuralı bulunmaktadır. Fakat 1999 yılında başkan Nujoma için üçüncü dönem imkânı getiren bir anayasa değişikliği gerçekleştirilmiştir. Anayasa değişikliğine göre iki dönem kuralı muhafaza edilmektedir. Değişiklik yalnızca başkan Nujoma için söz konusudur. Yani ondan sonraki başkanlar için iki dönem kuralı cari olmaya devam edecektir<sup>153</sup>. Congo-Brazzaville'de ise başkan Sassou-Nguesso'nun tekrar seçilebilmesi için 2015 yılında dönem sınırının üçe çıkartıldığı görülmektedir. Burada başkan için ayrıca bir değişiklik yapılmıştır. Zira ülkede başkanlar için üst yaş sınırı vardır. Bu yaş sınırı 70'tir. Başkan ise 72 yaşındadır. Dolayısıyla onun iktidarının devamı için üst yaş sınırı kaldırılmıştır<sup>154</sup>. Elbette Afrika'da da başkanların üçüncü dönem arzusuyla anayasayı değiştirme girişimlerinin başarısız olduğu örnekler de bulunmaktadır. Örneğin Zambiya, Malavi ve Nijerya'da başkanlar parlamento üyelerini ikna edememiştir. Nijer ve Burkina Faso'da ise başkanların ordunun muhalefeti ile karşılaştığı görülmektedir<sup>155</sup>.

## D. YÜKSEK YARGI KARARLARI VASITASIYLA GÖREVE KALMAK

Anayasa değişikliklerinin mahkemelerce esas (içerik) açısından denetlenemeyeceği düşüncesi, kurucu iktidarın asıl sahibi olan halkın anayasa ile somutlaşan iradesini koruma amacıyla giderek terk edilmiş<sup>156</sup> ve anayasa değiştirme iktidarının sınırlı bir iktidar olması nedeniyle yapmış olduğu anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırı olup olmadığının tespitinin yargı organlarıncaya denetlenmesi bazı ülkelerde<sup>157</sup> kabul görmeye başlamıştır. Bu ülkelerde denetim makamı anayasa değişikliklerini, hem usul yönden hem de anayasa hükümlerine veya anayasa üstü olarak nitelendirilen kurallara uygunluk bakımından yani esas bakımından incelemektedir<sup>158</sup>.

Anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerinin denetlenmesi yönünde eğilim göstermelerinin temel nedeni anayasa değiştirme iktidarının

<sup>152</sup> Tull/Simons, p. 92.

<sup>153</sup> Tull/Simons, p. 92-93.

<sup>154</sup> Tull/Simons, p. 93.

<sup>155</sup> Posner/Young (2018), p. 267-268.

<sup>156</sup> Anayurt, s.713. Hindistan Anayasa Mahkemesi kaynaklı ve Carl Schmitt'in anayasa teorisinin izlerini taşıyan "temel yapı doktrini" adlı öğretisi diğer anayasa mahkemelerinde de kabul görmeye başlamıştır.

<sup>157</sup> Anayurt, 2019, s.711; Örnekler: ABD Federal Yüksek Mahkemesi, Almanya, Hindistan, İtalya, Portekiz, Güney Afrika Anayasa Mahkemeleri.

<sup>158</sup> Anayurt, s.712.

kötüye kullanılarak anayasanın temel yapı ve ilkelerine aykırı, onları etkisizleştirecek şekilde anayasa değişiklikleri yapılmasıdır<sup>159</sup>. Mahkemeler, bu denetimleri kapsamında, anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması prensibi çerçevesinde, ülke anayasasının hükümlerinin pozitif olarak en üst norm olduklarını kabul etmekle birlikte onların da dayandığı bazı anayasal ilkelerin (*constitucionales-principios*) ve bazı anayasa üstü değerlerin (*valores supremos*) olduğunu kabul etmektedir<sup>160</sup>. Bu sayede anayasa normlarının da bu üst değerlere uygun olması gerektiğini, aksi halde anayasa hükmünün anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilebileceğini karara bağlamaktadır<sup>161</sup>. Yani anayasa değişikliklerinin denetimini kabul eden ülkelerde amaçlanan, sınırlı bir yetkiye sahip olan anayasa değiştirme iktidarı vasıtasıyla anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri yapılmasının önüne geçmektir.

Ancak anayasa değişikliklerini inceleme yetkisine sahip olan bu mahkemeler son on yılda örnekleri görülmeye başlandığı üzere vermiş oldukları kararlarla söz konusu anayasa değişikliklerini anayasaya aykırı bulmayarak, başkanların yüksek yargı kararları vasıtasıyla tekrar seçilme imkânı elde etmelerinin yolunu açmışlardır. İlginçtir ki bu mahkemeler, bu kararlarına dayanak olarak yine anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması prensibine dayanmaktadır. Yani mahkemeler, bu denetimin veriliş amacının dışına çıkarak değişikliklerle yapılmak istenenlere yargısal güvence sağlar hale gelmişlerdir.

Burada aslında anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması ile ilgili kanaatin ilginç bir şekilde bizzat yargı tarafından bir kötüye kullanma faaliyeti olarak kullanılması durumu söz konusudur. Şöyle ki ülkelerin yüksek yargı organları bu prensip çerçevesinde, ülke anayasasının hükümlerinin pozitif olarak en üst norm olduklarını kabul etmekle birlikte onların da dayandığı bazı anayasal ilkeler ve bazı anayasa üstü değerlere kendi hukuki-siyasi düşünceleri çerçevesinde yeni bir anlam yüklemektedir. Bu bağlamda bu yüksek mahkemeler, hiçbir uluslararası sözleşmede devlet başkanının seçilmesine bir engel getirilemeyeceğine ilişkin bir uzlaşma olmamasına rağmen “seçilme hakkı” kavramından yola çıkarak kendi ülkelerindeki seçilme sınırının bu ilkeye aykırı-

<sup>159</sup> **Roznai, Yaniv** (2017) “Amendment Power, Constituent Power and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures”, *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Ed. Albert, Richard/ Contiades, Xenophon/Fotiadou Alkmene, Hart Publishing, p. 40.

<sup>160</sup> **Anayurt**, s. 711 vd.

<sup>161</sup> Örneğin Bkz. **Bolivya Çokuluslu Anayasa Mahkemesi (Tribunal Constitucional Plurinacional) Kararı**, Sentencia 0084/2017, 28 de Noviembre 2017, Başlık “III.4. De las Eventuales ‘antinomias’ o ‘contradicciones’ entrenormas del Texto Constitucional y el organo legitimado para realizar su control”.

rı olduğu şeklinde bir yorum yapmaktadır. Ayrıca burada yeni bir anayasa değişikliği bile olmayabilir. Mahkemeler bu ilkeyi öyle bir şekilde yorumlamaktadır ki bazen (Kosta Rika’da olduğu gibi) yıllar önce kabul edilmiş bir anayasa değişikliğini bu ilkeler çerçevesinde iptal ederken bazen de (Honduras’ta olduğu gibi) doğrudan kurucu iktidarın iradesini bu ilkeler çerçevesinde anayasaya aykırı bularak iptal etmektedir. Spesifik olarak Latin Amerika ülkelerinde, başkanlar ülkelerinin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine değinerek başkanların seçilme hakkına sınır getirilmesinin uluslararası sözleşmelere uygun olmadığı sonucuna ulaşmakta ve kuralı iptal etmektedirler<sup>162</sup>.

Peki, gerçekte ne olmaktadır? Hirschl’in hegemonik koruma tezi, siyasi elitlerin güçlerini kaybetme riski ile karşılaştıklarında bu elitlerin halkın taleplerine karşılık vermekle birlikte bunu ancak kendi güçlerini tehdit etmeyecek şekilde yapacaklarını ortaya koymaktadır<sup>163</sup>. Bilhassa anayasa yargısı da, özellikle yargının bağımsızlaşmadığı ülkelerde, bu küçük siyasi elitler grubu tarafından yönlendirilmekte ve bu çerçevede liderlerin arzularına hizmet edebilecek kararları vermektedir<sup>164</sup>. Siyasi liderler de söz konusu kararın yargısal elitler tarafından verilmesi nedeniyle amaçlarına bir *meşruiyet örtüsü örtmektedir*.

İncelenen ülkelerde başkanlar, tekrar aday olabilmek için anayasayı değiştirmek istemekte fakat başarılı olamamaktadır. Yani yargı organları her ne kadar kararlarını seçilme hakkına, uluslararası sözleşmelere dayandırmakta ise de aslında olan, bu liderlerin istediklerini gerçek bir anayasa değişikliği ile elde edememiş olmalarıdır<sup>165</sup>. Örneğin Bolivya’da 2015 yılında bir anayasa referandumu gerçekleştirilmiş fakat halk referandum sonucunda başkanın tekrar aday olmasına onay vermemiştir<sup>166</sup>. Benzer şekilde 2003 yılında eski başkan Arias, 2009 yılında ise Nikaragua’da başkan Daniel Ortega, tek dönem yaşayının bir anayasa değişikliği vasıtasıyla kaldırılması amacıyla parlamentonun

<sup>162</sup> Bkz. Başlık “3. Görev Sınırı Demokratik Devlet Düşüncesinin Bir Gereğidir.”

<sup>163</sup> **Hirschl, Ran** (2000) “The Political Origins Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions”, *Law and Social Inquiry*, Vol: 25, No: 1, p. 91.

<sup>164</sup> **Whittington, Keith E.** (2003) “Legislative Sanctions an the Strategic Environment of Judicial Review”, Oxford University Press and New York University School of Law, I- CON, Vol: 1, No: 3, p. 446.

<sup>165</sup> **Martinez-Barahona, Elena** (2012) “Constitutional Courts and Constitutional Change: Analysing the Cases of Presidential Re-Election in Latin America”, *New Constitutionalism in Latin America-Promises and Practices*, Ed. Nolte, Detlef/ Schilling-Vacaflor, Almut, Ashgate Publishing, p. 290.

<sup>166</sup> Söz konusu referandum sürecinde başkan aleyhine ortaya atılan asılsız iddiaların referandum sonucuna etki ettiği, dolayısıyla referandumun tekrarlanması gerektiği pek çok çevre tarafından ileri sürülmüştür. Bkz. **BBC**, “Bolivia Court Allows President Evo Morales To Seek Fourth Term”, <<https://www.bbc.com/news/world-latin-america-42161947>>, l.a.d. 30.3.2019.

anayasa değişikliği gerçekleştirmesi için girişimlerde bulunmuş, fakat her iki ülkede de parlamento, söz konusu anayasa değişikliğini gerçekleştirmemiştir. Honduras'ta ise çok daha ilginç bir durum söz konusudur. Honduras'ta başkanın tek dönem kuralı, kurucu iktidarın bir tasarrufu olmasının yanında anayasal olarak değiştirilemez maddeler arasında yer almaktadır. Bu kuralı değiştirmeye çalışan başkanın ise derhâl görevi bırakmış sayılacağı ve 10 yıl tekrar bu göreve seçilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Kaldı ki 2009 yılında Zelaya bu hükmü değiştirmek amacıyla referandum kararı aldıktan sonra Kongre tarafından impeachment süreci ile muhatap olmuş<sup>167</sup>, ordu darbe yapmış ve başkan görevden alınmıştır<sup>168</sup>. Yani yüksek yargı seçeneğinin açıkça bir temel hak ve özgürlük mücadelesinden ziyade, iktidardakilerin görevde kalmaya devam etmek için buldukları özgün bir yol olduğu görülmektedir.

Peki, yüksek yargı organları neden başkanların bu isteklerine bir meşruiyet örtüsü örtmek isteği duymaktadır. Burada ortaya çıkan en temel gösterge, söz konusu ülkelerde yargının, en azından söz konusu yüksek yargı organlarının, bağımsızlığının sağlanamamış olmasıdır. Yani ilgili ülkelerin tamamında yüksek yargının çoğunluğu ya iktidar tarafından teşekkül ettirilmiş durumdadır ya da mahkemeler açıkça başkana destek vermektedir. Söz konusu destek ise siyasal bağımlılığı ve gelecek beklentisi nedeniyle olabileceği gibi başkanın popülaritesinin halk tarafından karşılık bulması nedeniyle de olabilmektedir<sup>169</sup>. Bu husus, ülke örnekleri üzerinden incelenmelidir. Nikaragua'da 2000 yılında, 1995 Anayasası'na değişiklik öngören bir reform süreci içerisinde, PLN lideri Arnaldo Aleman ile Daniel Ortega arasında bir "pakt" kabul edilmiştir. Bu pakta göre Yüksek Mah-

<sup>167</sup> Referandum kararı sonrasında Ulusal Başsavcı (El Procurador General de Nacion) Yüksek Mahkeme'ye bu deklarasyonun yasadışı olduğunun ilanı ve iptal edilmesi için başvurmuş, 23 Haziran 2009 tarihinde ise Kongre, söz konusu halkoylamasının yasaklanması amacıyla bir kanunu onaylamıştır. Fakat başkan Yüksek Mahkeme'nin kararını ve Kongre'den geçirilen kanunu dikkate almayarak bu halkoylamasının gerçekleşmesi için ısrar eder. Ancak Genelkurmay Başkanı Romeo Vasquez bu karara karşı olduğu için başkan Vasquez'i görevden alır. Bunun üzerine Savunma Bakanı ve üç kuvvet komutanı istifaya etmiştir. Yüksek Mahkeme, Vasquez'in görevden alınması kararını iptal ederek başkanın istifasını ister. Ayrıca Yüksek Mahkeme, başkanın eylemlerinin Honduras devletinin zararına işlevlerini gasp etme ve yetkilerini kötüye kullanma, vatana ihanet suçlarından dolayı suçlanabilir olduğuna ilişkin kararını ilan etmiştir. Bunun üzerine parlamento bir özel soruşturma komisyonu kurmuş ve parlamentodaki partiler başkan hakkında zihinsel yetersizliği olduğu ve anayasayı ihlal ettiği gerekçesiyle suçlamışlardır. İki gün sonra ordu mensuplarının başkanlık ikametgâhını şafak baskını ile basarak başkanın istifasını sağlamıştır. Bu nedenle başkanın istifası bir darbe sonucu gerçekleştiği kabul edilmektedir. **Gayosso, Ramiro Daniel Sanchez/Cadena, Alberto Escamilla** (2017) "La Interrupcion del Mandato Presidencial en America Latina (1992-2016)", POLIS, Vol: 13, No: 1, p. 70-71.

<sup>168</sup> **Treminio Sanchez**, p. 150-153; **Landau/Roznie/Dixon**, p. 11.

<sup>169</sup> Örneğin Kosta Rika'da 2003 yılında Arias tekrar Kosta Rika Anayasa Mahkemesi'ne başvurduğunda büyük medya kuruluşları Arias'ın tekrar aday olması durumunda seçilme ihtimalinin yüksek olduğu yönünde haberler yapmaktaydı. Ayrıca başkan PLN'nin desteğini de elde etmişti. Yani başkanın büyütmekte olan bir koalisyon desteği söz konusuydu. Bu ise yüksek yargı üyelerinin kararları üzerinde etkili olmuştur. **Martinez-Barahona**, p. 300.

keme'nin de içinde olduğu bazı kurumların taraflar arasında güç paylaşımına konu olduğu görülmektedir. Yani Yüksek Mahkeme üyelerinin bir kısmı PLN, diğer kısmı da Ortega'nın destekçileri arasından atanmaktadır. Dolayısıyla siyasi partiler Yüksek Mahkeme içerisinde etkindir. Üyeler ise üstün hukuk bilgi ve becerileri dolayısıyla değil politik olarak partiye sağlayacakları fayda için tercih edilmektedir<sup>170</sup>. Söz konusu kararın alındığı sürecin ise Ortega'yı destekleyen Sandinista'lar tarafından bir "oldu-bittiye" getirildiği görülmektedir. Zira Sandinista olan 6 yargıç –ki bunlardan üçü muhalif üyeler hazır bulunmadığı için yedek üyelerdir- gün sonunda toplanmış, PLN üyesi yargıçların bulunmamasını da fırsat bilerek oybirliğiyle Ortega için dönem sınırını kaldırmıştır<sup>171</sup>. Honduras'ta ise 2012 yılında, Ulusal Parti'nin (*National Party*) hâkim olduğu Kongre, Yüksek Mahkeme'nin Anayasa Dairesi'nin (*Constitutional Chamber*) 5 üyesinin 4'ünü hukuka aykırı olarak görevden almış ve yerine yenilerini atamıştır<sup>172</sup>. 2015 yılında ise başkan Orlando Hernandez, dönem sınırı kuralını esnetmeyi amaçlamıştır. Bu çerçevede Ulusal parti mensubu eski başkan ve 15 parlamenter tarafından dönem sınırının anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla anayasa şikâyetinde bulunulmuştur<sup>173</sup>.

Ekvador'da 2017 yılı itibariyle Correa 10 yılı aşkın bir süredir hem Kongre hem de Anayasa Mahkemesi'ni kontrol etmektedir. Bu gücüne güvenerek görev sınırını kaldıran bir anayasa değişikliğini parlamentodan geçirmiştir. Buna karşın muhalefet, bu değişikliğin temel yapıyı değiştirdiğini, dolayısıyla da anayasal olarak referanduma sunulması gerektiğini savunmuştur. Fakat bu gerekliliğin atlandığı görülmektedir. Ayrıca muhalefet partileri, söz konusu anayasa değişikliğinin kurucu iktidarın amacına aykırı olduğunu, sürekli tekrar seçilen bir başkan olması

<sup>170</sup> Kaldı ki Yüksek Mahkeme üyeleri de bunu kabul etmektedir. Örneğin yargıç Salis açıkça "*Ben bir Sandinista idim fakat buraya gelir gelmez... kendimizi partizan siyasal aktivitelerden ayırdık fakat açıkça siyasal tercihlerimizi muhafaza ettik*" ifadeleriyle partisine olan sadakatini ifade etmektedir. Bkz. **Martinez-Barahona**, p. 302-304.

<sup>171</sup> Ortega ve 101 belediye başkanı, söz konusu anayasa hükmünün anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle önce Seçim Kurulu'na başvurmuş, oradan olumsuz bir karar alarak Yüksek Mahkeme'ye bireysel başvuruda bulunmuştur. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme söz konusu kararında ilgili anayasa hükmünün tamamen yürürlükten kaldırmasa da Ortega için uygulanmayacağına hükmetmiştir. Bkz. **Schmidt, Blake** (2009) 'In Nicaragua, Opposition Sees an End Run', *New York Times*, 2009, <<https://www.nytimes.com/2009/11/16/world/americas/16nicaragua.html>>, i.a.d. 22.9.2019; **Maldonado, Carlos Salinas** (2010), 'Corte Aprueba Reeleccion de Ortega', *Condifencial*, <<https://elfaro.net/es/201009/internacionales/2577/Corte-aprueba-reelecci%C3%B3n-de->>, i.a.d. 22.9.2019.

<sup>172</sup> Bunun, söz konusu yargıçların, ulusal polis şefine, polis kuvvetinin üyelerini soruşturmak ve görevden almak gibi yetkiler veren bir kanunu anayasaya aykırı yürürlükten kaldırmasının bir sonucu olduğu ifade edilmektedir. Landau'ya göre söz konusu görevden almalar da meşru değildir. Çünkü ilgili dönemde Kongre'nin yargıçları impeachment vasıtasıyla görevden alma yetkisi yoktur. Bkz. **Landau, David** (2015) "Honduras: Term Limits Drama 2.0 - how the Supreme Court declared the Constitution Unconstitutional", *ConstitutionNet*, <<http://constitutionnet.org/news/honduras-term-limits-drama-20-how-supreme-court-declared-constitution-unconstitutional>>, i.a.d.22.9.2019.

<sup>173</sup> **Landau** (2015); **Landau/Roznie/Dixon** p.12.

durumunda muhalefetin iktidara gelme şansının ortadan kalkacağını, başkanın iktidarı elde ederek kuvvetler ayrılığını ortadan kaldıracığını iddia ederek anayasa değişikliğinin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Ekvador Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Fakat Mahkeme, yukarıda ifade edilen gerekçeleri kullanarak değişikliği anayasaya uygun bulmuş ve başkanın dönem sınırını kaldırmıştır<sup>174</sup>.

Kosta Rika'da ise başkan Arias, kendi durumunu, Ortega'nın (Nikaragua) ile karşılaştırılması ile ilgili sorulara yanıt olarak şu cevabı vermiştir: *Nikaragua'da yargı bağımsızlığı yok, çünkü yargıçlar siyasi partilere ait ve onların taleplerine cevap veriyor... Yani biz karşılaştırılabilir iki örnek değiliz. Her iki (mahkeme) karar(ı) tamamıyla farklı. Nikaragua'da müzakere yok, tartışma yok ya da derinlemesine bir analiz yok. Biz farklı kurumlarız. Burada, biz Anayasa ile garanti altına alınmış, tamamıyla bağımsız bir yargı organına sahibiz*". Buna karşın Martinez-Barahona, açıkça bir politik kabulleri yoksa ve doğrudan partiler tarafından atanmıyorlarsa da Kosta Rika'daki Yüksek Yargı üyelerinin zımni olarak partiler ile ilişkili olduğunu ifade etmektedir<sup>175</sup>.

Son olarak şu açıkça belirtilmelidir ki yüksek yargı hâkimlerinin vermiş olduğu kararların salt mevcut siyasi iktidarın lehine olması, o kararın meşru olmadığı anlamına gelmez. Yargıçların anayasayı yorumlama yöntemleri farklı olabilir. Bununla birlikte *tek bir kişinin seçilme hakkını korumak amacıyla* anayasacılığın temeli olan kuvvetler ayrılığının, demokratik toplumun ve temel hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılması sonucunun ortaya çıkması, bu kararın niteliği ve amacı hakkında bilgi verir. Bu noktada kararların ortaya çıkardığı sonuçlar incelenmelidir. Şöyle ki incelenen ülkelerden Nikaragua, Ekvador, Honduras ve Bolivya'da başkanın görev süresi üzerindeki sınır tamamen kaldırılmıştır. Kosta Rika'da ise –her ne kadar yargıçların bağımsızlığı yönünde tartışmalar bulunmakta ise de- yargıçların kararı, 1949 Anayasası'nda gerçekleştirilen 1969 değişikliğinin anayasaya aykırı olduğudur. Söz konusu değişiklik, başkanın aralıklı tekrar seçilme<sup>176</sup> kuralının değiştirilerek başkanın yalnızca tek dönem için seçilmesidir. Mahkeme, işte bu 1969 değişikliğini kurucu iktidarın iradesine aykırı bulmuş ve 1949'daki ilk tercihin, yani kurucu iktidarın tercihinin, geçerli olmasını sağlamış-

<sup>174</sup> Landau/Roznie/Dixon, p. 10.

<sup>175</sup> Martinez-Barahona, p. 298; Zira Arias'ın yakınlarından eski kültür bakanı otobiyografisinde ifade etmektedir ki, 2000 yılında ilk kez Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunduğu dört hâkimden lehine karar vermesi için söz aldığını fakat bunlardan birinin sözünden durmadığından şikâyet ettiğini ifade etmektedir. Bkz. Martinez-Barahona, p. 297.

<sup>176</sup> Bkz. Başlık "B. Görev Sınırının Farklı Anayasal Görünümleri ve Optimal Görev Süresini Tespit Etmek", 2. grup.



tır. Dolayısıyla Kosta Rika Anayasa Mahkemesi'nin kararı, sonuç itibarıyla anti demokratik ya da kuvvetler ayrılığını ortadan kaldıran bir karar olmaktan uzak görünmektedir. Zira Freedom House verileri de bunu doğrulamaktadır. 2019 itibarıyla Honduras, Ekvador ve Bolivya kısmi özgür ülkeler arasında yer almakta iken Nikaragua özgür olmayan ülkeler arasındadır. Kosta Rika ise 100 üzerinden 91 ülke puanı ile demokratik ülkeler arasında üst sıralardadır<sup>177</sup>.

Dolayısıyla Kosta Rika'daki yüksek yargı kararının anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması örneği olarak kabul edilmesi konusunda tereddütler bulunmaktadır. Bununla birlikte Ekvador, Honduras, Bolivya ve Nikaragua'daki yüksek yargı kararlarının hem süreç, hem iktidarın yargıya yönelik baskısı ve kontrolü hem de kararın sonucu itibarıyla bu tür örnekler olarak kabul edileceği kuşkusuzdur.

## SONUÇ

Çalışmamızın önemli bazı sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, her ne kadar bazı ülkelerin liderleri başkanların görev sürelerine sınır getirmenin demokrasi ve seçilme hakkı ile uyumlu olmadığını ileri sürmekte ise de, *dönem sınırı demokrasi, kuvvetler ayrılığı ve temel hak ve özgürlüklerin korunması düşüncesi ile uyumludur*. Zira sürekli iktidarda kalan görevli zaman içerisinde yozlaşma tehlikesi ile karşı karşıyadır. Uzun süreli iktidar otoriterleşme ile neticelenebilir. Ayrıca başkanın dönem sınırının bulunması, muhalefetin de iktidar olma ümitlerini artıracak böylelikle mevcut iktidarı devirmek için anayasa-dışı yollara tevessül etmeyecektir. İlaveten dönem sınırının tamamen ortadan kaldırıldığı ülkelerin seçimsel otoriter rejimler arasında gösterilmesi bu kanıyı güçlendirmektedir.

Çalışmanın bir diğer sonucu da şudur ki *devlet başkanları farklı anayasa değişiklik yöntemlerini kullanarak görevde kalmaya çalışmakta, kişisel arzularını anayasa değişikliği gerçekleştirerek meşrulaştırmaya çalışmaktadır*. Ancak bu anayasa değişiklikleri anayasacılık düşüncesine dayanmamakta, belirli kişi ve grupları iktidarda tutmaya devam etme amacı taşımaktadır. Yukarıda incelenen ülkelerde başkanların görev sınırını esnetmek ya da tamamen ortadan kaldırmak amacıyla *yeni anayasa yapılmakta, hükümet sistemi değiştirilmekte, görev süresi ile ilgili anayasa hükmü değiştirilmekte veya söz konusu karar yüksek yargı organlarının ilgili hükmü anayasaya aykırı bulması* vasıtasıyla elde edilmektedir. Ancak ilgili kısımda da ifade edildiği üzere, görev süresi ile ilgili her anayasa değişikliği anaya-

<sup>177</sup> Freedom in the World (2019) <<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2019/map>>. l.a.d. 24.9.2019.

sa değiştirme iktidarının kötüye kullanılması değildir. Muhalefet partileri ile uzlaşılması, tercih edilen görev süresi uygulamasının yaygın ülke uygulamaları içerisinde kabul edilmesi (*tek dönem kuralından iki dönem kuralına geçilmesi gibi*) ve yasama, yürütme ile yargı erkleri arasındaki denge ve denetleme mekanizmalarını yürütme lehine bozacak şekilde uzun olmaması kaydıyla anayasadaki görev süresi ile ilgili hükümler esnetilebilir. Aksi durumda ise anayasa değişikliğinin anayasa üstü değerlere ve kurucu iktidarın öngördüğü anayasal felsefeye aykırı olması söz konusudur. Peki, anayasa değiştirme faaliyetinin bu şekilde kullanılması engellenemez mi?

Anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılma hallerinden biri olarak ifade etmeye çalıştığımız *kişisel çıkar sağlama amacıyla anayasa değişikliklerinin yapılmasının en tipik örneğini başkanın görev süresinin uzatmaya yönelik girişimler* oluşturmaktadır. Anayasa değiştirme iktidarı, kurucu gücün kendisine anayasa ile tanımlı olduğu bir haktır ve ancak anayasanın çizdiği sınırlar çerçevesinde kullanılabilir. Ülkeler anayasa değiştirme iktidarını kullanırken anayasanın kendilerine çizdiği sınırlara usul açısından uyumuş olsalar da asli kurucu gücün kurmuş olduğu anayasal düzeni etkisizleştirici ya da ortadan kaldırıcı bazı değişiklikler yapma yoluna gidebilmektedirler. İşte bu nitelikte yapmış oldukları anayasa değişikliği girişimleriyle kendilerine verilen değiştirme gücünü kötüye kullanmaktadırlar. *Bu kötü niyetli değişikliklerin önüne geçebilme noktasında en büyük yük yargı organlarının üzerindedir.* Fakat bu durumda da en önemli gereklilik *yargı organlarının bağımsızlığının tam olarak sağlanmış olmasıdır.* Aksi halde yargı organları bu kötüye kullanmayı önlemek yerine kötüye kullanılarak ortaya çıkarılmış olan anayasa değişikliklerine anayasaya uygunluk mührü vurmak suretiyle anayasa değişikliği lehine yargısal bir teminat sağlayacaktır. Bu nedenle incelenen ülke anayasa mahkemesi kararlarının da gösterdiği üzere, bir ülkede anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırılığının anayasa mahkemelerince esas (içerik) yönünden denetlenebiliyor olması, anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılmasını önlemede her zaman yeterli olmayacaktır. Anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılmasının önlenmesi için elzem olan husus kanaatimizce, denetimi gerçekleştirecek olan yargı organının kurumsal yapısında ve bu faaliyeti yerine getirecek olan görevlilerde asli kurucu gücün anayasa ile ortaya koymuş olduğu anayasal düzene karşı saygının varlığıdır. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin öngörülmediği ülkeler açısından ise anayasa değiştirme iktidarının kötüye kullanılmasının önlenmesi için anayasa değiştirme iktidarını kullanan gücün vicdanına güvenmekten başka bir yolumuz bulunmamaktadır.

## KAYNAKÇA

- Anayurt, Ömer** (2019) *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel ilkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Anayurt, Ömer/Ekinci, Ahmet** (2017) "Tek Yapılı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı Kurumu ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz", *Zafer Gören Armağanı*, Yetkin Yayınevi, s. 440-500.
- Arriola, Leonardo R** (2013) "Capital and Opposition in Africa Coalition Building in Multi-ethnic Societies", *World Politics*, Vol: 65, No: 2, pp. 233-272.
- Baturo, Alexander** (2010) "The Stakes of Losing Office, Term Limits and Democracy", *British Journal of Political Sciences*, Vol: 40, No: 3, pp. 635-662.
- Bernal, Carlos** (2013) "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine", *International Journal of Constitutional Law*, Vol: 11, No: 2, pp. 339-357.
- Berntzen, Einar/ Holvik Skinlo, Tor-Einar** (2010) "Peru and the Fujimori Presidential Breakdown in 2000: Continuismo Gone Bad", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Llanos, Mariana/ Marsteintredet, Leiv, Palgrave MacMillian, pp. 197-213.
- Bircan, Çağatay/Saka, Orkun** (2019) "Lending Cycles and Real Outcomes: Costs of Political Misalignment", *BOFIT Discussion Papers*, 1/2019.
- Buquet, Daniel** (2007) "Entre la Legitimidad y la Eficacia: Reformas en Los Sistemas de Elección Presidencial en América Latina", *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 16/2007, pp. 35-49.
- Carey, John** (2003) "The Reelection Debate in Latin America", *Latin American Politics and Society*, Vol: 45, No: 1, pp. 119-133.
- Castella, Josep Maria/ Cleveland, Andreu, Sarah/Hyest, Jean-Jacques/Kang, Llwon/Otalora Malassis, Janine M/Tuori, Kaarlo** (2018) "Informe Sobre Los Límites a la Elección Parte I-Presidentes", *Comisión Europea Para la Democracia a Través del Derecho*, Aprobado por la Comisión de Venecia en Su 11 Sesión Plenaria, 16 y 17 de Marzo de 2018.
- Cheeseman, Nic** (2010) "African Elections as Vehicles For Change", *Journal of Democracy*, Vol: 21, No: 4, pp. 139-153.
- Cheeseman, Nic** (2016) "Africa-Presidential Term Limits and the Third Term Tragedy", <<https://presidential-power.com/?p=4874>>, s.e.t.15.9.2019.
- Comisión de Venecia** (2018) *Informe Sobre los Límites a la Elección, Part I Presidentes*, Centro de Estudios Constitucionales Tribunal Constitucional del Perú.
- De Luca, Miguel/Malamud, André** (2019) "¿Sigue Macri o Vuelve Cristina?", *El Estadista*, 2019, <<https://www.elestadista.com.ar/?p=15239>>, s.e.t.8.3.2019.

- Doğan, İlyas** (2017) “Türk Tipi Başkanlık Modeli Bağlamında 2017 Anayasa Değişikliğinin İrdelenmesi”, Dört Kitada Başkanlık Sistemi, Ed. Doğan, İlyas/Ünver, Serdar, Astana Yayınları, Ankara.
- Donnelly, Jack** (1995) İnsan Hakları, Yetkin Yayınları, Çev. Erdoğan Mustafa/Korkut, Levent, Ankara.
- Ekin, Ahmet** (2019) “Latin Amerika Ülkelerinde Başkanın Sorumluluğunu İşletmek İçin Parlamentoların Kullandığı Araçlar”, TBB Dergisi, 144. Sayı, ss. 13-58.
- Erikson, Robert S.** (1971) “The Advantage of Incumbency in Congressional Elections”, *Polity*, Vol: 3, No: 3, pp. 395-405.
- Eze, Kevin** (2016) “The Efficacy of Presidential Term Limits”, Discussion Papers, Mandela Institute for Development Studies Youth Dialogue, 3-4 August 2016, Tanzania.
- Gayosso, Ramiro Daniel Sanchez/Cadena, Alberto Escamilla** (2017) “La Interrupcion del Mandato Presidencial en America Latina (1992-2016)”, *POLIS*, Vol: 13, No: 1, pp. 47-84.
- Ginsburg, Tom/Melton, James /Elkins, Zachary** (2011) “On the Evasion of Executive Term Limits”, *William and Mary Law Review*, Vol: 52, No: 6, 2011, pp. 1807-1872.
- Gören, Zafer** (2017) Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara,
- Gözler, Kemal** (2011) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi-Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa.
- Gözler, Kemal** (2016) 1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte Mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4), <[http://www.anayasa\\_gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf](http://www.anayasa_gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf)> s.e.t. 08.01.2020.
- Gözler, Kemal** (2019) Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2019.
- Hamilton, Alexander** (2008) *Federalist Papers No: 72*, Ed. Goldman, Lawrence, *Federalist Papers*, Oxford World's Classics, Oxford University Press, 2008.
- Heper, Metin/Keyman, Fuat** (1998) “Duble-Faced State: Political Patronage and the Consolidation of Democracy in Turkey”, *Middle Eastern Studies*, Vol: 34, No: 4, pp. 259-277.
- Hirschl, Ran** (2000) “The Political Origins Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions”, *Law and Social Inquiry*, Vol: 25, No: 1.
- Hualde, Alejandro Perez** (2013) “Las Reecciones y Su Limite: Periodicidad y Alternancia”, *Paraná Eleitoral*, Vol: 2, pp. 131-162.
- Kaboğlu, İbrahim** (2019) “Bir kimse en fazla iki defa cumhurbaşkanı seçilebilir”, *Birgün Gazetesi*, <<https://www.birgun.net/haber/bir-kimse-en-fazla-iki-defa-cumhurbaskani-secebilir-266533>>, s.e.t.21.9.2019.
- Kuzio, Taras** (2003) “The 2002 Parliamentary Elections in Ukraine: Democratization or Authoritarianism?”, *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, Vol: 19, No: 2, pp. 24-54.

- Landau, David** (2013) “Abusive Constitutionalism”, University of California Davis Law Review, Vol: 47, No: 1.
- Landau, David** (2015) “Honduras: Term Limits Drama 2.0 - how the Supreme Court declared the Constitution Unconstitutional”, *ConstitutionNet*, <<http://constitutionnet.org/news/honduras-term-limits-drama-20-how-supreme-court-declared-constitution-unconstitutional>>, s.e.t.22.9.2019.
- Landau, David/Roznai, Yaniv/Dixon, Rosalind** (2019) “Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons From Latin America”, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3208187](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3208187), s.e.t.10.10.2019.
- Linz, Juan J** (1995) “Başkanlık Sisteminin Tehlikeleri”, Çev. Ergun Özbudun, Demokrasinin Küresel Yükselişi, Ed. Diamon, Larry/Plattner, Marc F. Yetkin Yayınları, ss. 143-160.
- Lorusso, Marilisa** (2012) “The 2012 Armenian Parliamentary Elections: Implications for Armenian Foreign Policy”, Istituto Affari Internazionali, IAI WORKING PAPERS 12 | 14 – May 2012, s. 1-12.
- Mainwaring, Scott** (1993) “Presidentialism, Multipartism, and Democracy: The Difficult Combination”, *Comparative Political Studies*, pp. 198-228.
- Maldonado, Carlos Salinas** (2010), “Corte Aprueba Reeleccion de Ortega”, *Condifencial*, <<https://elfaro.net/es/201009/internacionales/2577/Corte-aprueba-reelección-de->>, s.e.t. 22.9.2019.
- Maltz, Gideon** (2007) “The Case for Presidential Term Limits”, *Journal of Democracy*, Vol: 18, No: 1, pp. 128-142.
- Markarov, Alexander** (2016) “Semi-presidentialism in Armenia”, *Semi-presidentialism in the Caucasus and Central Asia*, Ed. Elgie, Robert/Moestrup, Sophia, Palgrave Macmillan, pp. 61-91.
- Martinez-Barahona, Elena** (2012) “Constitutional Courts and Constitutional Change: Analysing the Cases of Presidential Re-Election in Latin America”, *New Constitutionalism in Latin America-Promises and Practices*, Ed. Nolte, Detlef/ Schilling-Vacaflor, Almut, Ashgate Publishing, pp. 289-312.
- Onaindia, Jose Miguel** (2009) “Separacion de Poderes y Facultades Legislativas del Presidente”, Buenos Aires, Argentina, Universidad de Buenos Aires (UBA).
- Orias, Ramiro** (2019) “La Reeleccion de Indefinida de Daniel Ortega ante la CIDH”, *Justicia en las Americas*, 2019, <<https://dplfblog.com/2019/02/21/la-reeleccion-indefinida-de-daniel-ortega-ante-la-cidh/>>, s.e.t.21.9.2019.
- Özbudun, Ergun** (2017) *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Paturyan, Yevgenya Jenny** (2015) “The 2015 Referendum in Armenia”, *East European Quarterly*, Vol: 43, No: 4, pp. 293-301.
- Penfold, Michael/ Corrales, Javier/Hernandez, Gonzalo** (2014) “Los Invencibles: La Reeleccion Presidencial y Los Cambios Constitucionales en America Latina”, *Revista Ciencia Politica*, Vol: 34, No: 3, pp. 537-559.

- Posner, Daniel N/ Young, Daniel** (2007) “The Institutionalization of Political Power in Africa”, *Journal of Democracy*, Vol: 18, No: 3, pp. 126-140.
- Posner, Daniel/ Young, Daniel** (2018) “Term Limits-Leadership, Political Competition and the Transfer of Power”, *Institutions and Democracy in Africa*, Ed. Cheeseman, Nic Oxford University Press, pp. 260-277.
- Resnick, Danielle** (2014) “Compromise and Contestation: Understanding the Drivers and Implications of Coalition Behaviour in Africa”, *Journal of African Elections*, Ed. Kadi-ma, Denis Vol: 13, No: 1, EISA, pp. 43-65.
- Rivera, Jose A.** (2011) “La Reeleccion Presidencial en el Sistema Constitucional Boliviano”, *Revista Boliviana. de Derecho*, No: 12, pp. 10-29.
- Roznai, Yaniv** (2017) “Amendment Power, Constituent Power and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures”, *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment* Ed. Albert, Richard/ Contiades, Xenophon/Fotiadou Alkmene, Hart Publishing.
- Sanchez, Ilka Treminio** (2015) “Las Reformas a la Reeleccion Presidencial del Nuevo Siglo en America Central-Tres Intentos de Reforma y Un Golpe de Estado”, *Politica y Gobierno*, Vol: 22, No: 1, 2015, pp. 147-143.
- Sayarı, Sabri** (2014) “Interdisciplinary Approaches to Political Clientelism and Patronage in Turkey”, *Turkish Studies*, Vol: 15, No: 4, pp. 655-670.
- Schmidt, Blake** (2009) “In Nicaragua, Opposition Sees an End Run”, *New York Times*, 2009, <<https://www.nytimes.com/2009/11/16/world/america/16nicaragua.html>>, s.e.t. 22.9.2019.
- Serrafero, Daniel** (2010) “Reeleccion Presidencial en America Latina: Evolucion y Situacion Actual”, *Comunicacion del Academico Mario D. Serrafero en Sesión Privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Politicas*, el 25 de Agosto de 2010, Buenos Aires.
- Serrafero, Mario D.** (2011) “La Reeleccion Presidencial Indefinida en America Latina”, *Revista de Instituciones Ideas y Mercados*, No: 54, pp. 225-259.
- Sevinç, Murat** (2018) “Hayret Verici Bir ‘Anayasa’ Yorumu”, <<http://www.diken.com.tr/hayret-verici-bir-anayasa-yorumu/>>, 2018, s.e.t.21.9.2019.
- Shugart, Matthew Soberg** (2005) “Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns”, *French Politics*, Vol: 3, pp. 323-351.
- Shugart, Matthew Soberg/ Carey, John** (1992) *Presidents and Assemblies, Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press New York, 1992.
- Tull, Denis M/Simons, Claudila** (2017) “The Institutionalisation of Power Revisited: Presidential Term Limits in Africa”, *Africa Spectrum*, Vol: 52, No: 2.
- Tunç, Hasan** (2018) *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara.
- Tunç, Hasan/ Yavuz, Bülent** (2009) “Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi”, *TBB Dergisi*, Sa. 81, ss. 1-39.

- Waldron, Jeremy** (2012) *Constitutionalism: A Skeptical View*, <<https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/4/>>, I.a.d 08.01.2020.
- Whittington, Keith E.** (2003) "Legislative Sanctions an the Strategic Environment of Judicial Review", Oxford University Press and New York University School of Law, I- CON, Vol: 1, No: 3.
- Zovatto, Daniel** (2009) "La ola Releccionista en America Latina", La Nacion, <<https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-ola-reeleccionista-en-america-latina-nid1161230>>, I.a.d. 15.9.2019.
- Zovatto, Daniel** (2014) "Reeleccion, Continuismo e Hiperpresidencialismo en AmericaLatina", Brookings, <<https://www.brookings.edu/es/opinions/reeleccion-continuismo-ehiperpresidencialismo-enamerica-latina/>>, s.e.t. 15.9.2019.

### *Mahkeme Kararları*

- AİHM Kararı**, Gitonas ve Diğerleri vs. Yunanistan, Başvuru No: 18747/91; 19376/92; 19379/92.
- Ame-İHM Kararı**, Yatama vs. Nicaragua, Judgment of June 23, 2005 (Preliminary Objecti- ons, Merits, Reparations and Costs).
- Ame-İHM Kararı**, Caso Luna Lopez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 10 de Octubre de 2013, Serie C No: 269,
- Bolivya Çokuluslu Anayasa Mahkemesi (Tribunal Constitucional Plurinacional) Kararı**, (2017), Sentencia 0084/2017, 28 Noviembre de 2017.
- Kolombiya Anayasa Mahkemesi Kararı** (2010) Sentencia: C141/2010.
- Türk Anayasa Mahkemesi Kararı**, Esas No:2008/16 Karar No:2008/116

### *İnternet Kaynakları*

#### **1961 Venezuela Anayasası,**

<<http://americo.usal.es/oir/legislatura/normasyreglamentos/constituciones/Venezuela1961.pdf>>, s.e.t. 19.9.2019.

#### **1979 Peru Anayasası,**

<<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>>, s.e.t. 19.9.2019.

#### **1993 Peru Anayasası,**

<<https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PER%C3%9AConstitucion.pdf>>, s.e.t. 19.9.2019.

**2004 Bolivya Anayasası**, <<https://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-20040413.html>>, s.e.t. 19.9.2019.

- 2009 Bolıvyaya Anayasası**, <[https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)>, s.e.t. 19.9.2019.
- BBC**, “Bolivia President Evo Morales ‘Loses’ Fourth Term Bid”, <<https://www.bbc.com/news/world-latin-america-35628093>>, s.e.t. 19.9.2019.
- BBC**, “Bolivia Court Allows President Evo Morales To Seek Fourth Term”, <<https://www.bbc.com/news/world-latin-america-42161947>>, s.e.t. 30.3.2019.
- BBC News**, “Serzh Sargsyan: Armenian PM resigns after days of protests”, <<https://www.bbc.com/news/world-europe-43868433>>, s.e.t. 20.9.2019.
- BBC News**, “Obama: Nobody should be president for life”, <<https://www.youtube.com/watch?v=sjaY6ybk178>>, s.e.t. 12.10.2019.
- BBC News**, “Armenia election: PM Nikol Pashinyan wins by landslide”, <<https://www.bbc.com/news/world-europe-46502681>>, s.e.t. 20.9.2019.
- CNN TÜRK**, “CHP’de olağan şüpheliler kim? Kumpaşçıyı kim koruyor, amaçları neydi? - Gece Görüşü 28.11.2019”, <<https://www.youtube.com/watch?v=QhsHIXYHe7s>>, s.e.t. 08.01.2020.
- DW**, “Armenian parliament elects protest leader Nikol Pashinyan prime minister”, <<https://www.dw.com/en/armenian-parliament-elects-protest-leader-nikol-pashinyan-prime-minister/a-43697066>>, s.e.t. 20.9.2019.
- Freedom in the World** (2019), <<https://freedomhouse.org/report/free-dom-world/freedom-world-2019/map>>, s.e.t. 24.9.2019.
- T.C Cumhurbaşkanlığı**, <<https://www.tccb.gov.tr/receptayyiper-dogan/biyografi/>>, s.e.t. 14.10.2019.
- The Guardian**, “Armenian protester stake to streets again as talks break down”, <<https://www.theguardian.com/world/2018/apr/25/armenia-calls-for-new-rally-after-talks-on-replacing-prime-minister-halted>>, s.e.t. 20.9.2019.
- Reuters**, “Ruling party wins Armenian parliamentary vote”, <<https://www.reuters.com/article/us-armenia-election/ruling-party-wins-armenian-parliamentary-vote-idUSKBN1740ZI>>, s.e.t. 20.9.2019.



## ANAYASALCILIK VE DEMOKRASİ ARASINDAKİ İLİŞKİ: SÜREKLİ BİR ÇATIŞMA MI SİMBİYOTİK BİR BİRLİKTELİK Mİ?

Arş. Gör. Atıl Buğra KARADAŞ\*

### ÖZET

Kaynağını Antik Dünya'dan alan demokrasi, halk egemenliği düşüncesine dayanmaktadır. Öte yandan anayasalcılık teorisiyse siyasi iktidarı, kaynağı ne olursa olsun, sınırlandırmak ve kısıtlamakla ilgilenmektedir. Her ne kadar, demokrasi ve anayasalcılık arasında bir çatışma, bu iki kavramın farklı hedef ve amaçları göz önüne alınca kaçınılmaz gözükse de; bir arada var oluşa giden bir yol da vardır. Bu yol, demokrasinin var oluşundan önce gelen gerekleri olan siyasi eşitlik ve özgürlük pusulasının yardımıyla bulunabilir. Zira insan tecrübesinin gösterdiği gibi, halk yığınları ve onların temsilcileri de mutlak krallar kadar tiranlığa yatkın olabilmektedir. Dahası anayasalcılık, halk iradesinin tecellisi yoluyla demokratik meşruiyete sahip olabilir. Dolayısıyla demokratik yöntemlerle kabul edilmiş anayasalar, en az yasama organınca çıkarılan kanunlar kadar meşru görülmelidir. Üstüne üstlük, anayasaların olağan yasaları yapan çoğunluklarca değiştirilememesi gayrimeşru görülemez; bu da bizi başa, demokrasinin var oluşundan önceki gereklerine götürecektir. Bununla beraber, illiberal demokrasinin uzak bir tehditten siyasi gerçeklik niteliğine yükselişinin çağında, anayasalcılığın demokrasiyi ve hakları koruyucu konumu sorgulanmaya açık bir niteliktedir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasalcılık, Demokratik Meşruiyet, Siyasi Eşitlik, Özgürlük, Temsil, Sınırlı Devlet, İliberal Demokrasi.

---

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, karadasabugra@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3020-9222 (Geliş Tarihi: 03.05.2019 –Kabul Tarihi: 10.10.2019).

## THE RELATION BETWEEN CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: A CEASELESS CONFLICT OR A SYMBIOTIC COEXISTENCE?

### ABSTRACT

Democracy, which has its origins from Ancient World, rests on popular sovereignty. On the other hand, constitutionalist theory is interested in limiting and constraining that sovereignty regardless of its source. However it seems inevitable to have a conflict between democracy and constitutionalism given those two concepts' different aims and purposes, there is also a way to mutual existence. This way could be found with the help of the compass of pre-existence needs of democracy which are political equality and freedom. As human experience shows, public masses and their representatives could be inclined to tyranny as much as absolute kings. Furthermore, constitutionalism could have democratic legitimacy through popular will. Thus, democratically enacted constitutions should be regarded no less legitimate than laws passed by legislative bodies. Additionally, not to let constitutions be amended by the same majorities who could enact ordinary laws could not be regarded as illegitimate, which brings us back to the beginning, namely, to the protection of pre-existence needs of democracy. Nevertheless, in the era of illiberal democracy's ascension into political reality from being a distant threat, the status of constitutionalism as a protector of democracy and rights could be questioned.

**Keywords:** Constitutionalism, Democratic Legitimacy, Political Equality, Freedom, Representation, Limited Government, Illiberal Democracy.

## GİRİŞ

İnsanların topluluklar halinde yaşaması, bu toplulukların en iyi nasıl yönetileceği sorunu beraberinde getirmektedir. Bu hususta pek çok görüş ileri sürülmüş<sup>1</sup> ve deney yapılmıştır. Günümüze gelindiğinde, ideal idare tarzı olarak demokrasi geniş kabul görmüştür. Her ne kadar geniş kabul görüyor olsa da demokrasi kavramının içeriği üzerinde bir oydaşma sağlanamamaktadır. Gerek düşün bazında gerekse de uygulamada bu konuda derin ayrılıklar ortaya çıkmıştır<sup>2</sup>.

Demokrasi kavramı üzerindeki fikir ayrılıkları, ülkelerin siyasi ve hukuki yaşamlarına derinden etki etmiş, anayasalcılık<sup>3</sup> kavramı ekseninde derin uygulama ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Bununla beraber, söz konusu ayrılıklar ne kadar derin olursa olsun, demokratik rejimler ortak bir özü paylaşmışlardır. Bu öz, demokrasinin her bireyin görüşünü karar alımında eşit önemde kabul edişine dayanır<sup>4</sup>. Eşitlik anlayışı sayesinde bireylerin karar alım süreçlerine özgürce katılımı bütün demokratik rejimlerde ortak bir unsur olarak gözlemlenmektedir.

Anayasalcılık kavramıysa bir idare tarzı olmaktan ziyade, siyasi iktidarın çerçeveselendirilmesine yöneliktir<sup>5</sup>. Başka bir deyişle, demokrasi siyasi iktidarın sahibinin kim olduğuyla ilgilenirken; anayasalcılık bu siyasi iktidarın kullanımının sınırlarıyla ilgilenmektedir.

<sup>1</sup> Günümüz düşünce dünyasına şekil vermiş olan pek çok Antik Yunan düşünürü de bu meseleye kafa yormuştur. Çoğunluğu soylu sınıftan gelen ve kitlelerin idarede söz sahibi olmasını sakıncalı gören bu düşünürler, demokrasinin zayıflığı olarak gördükleri yönlerini acımasızca ortaya koymuşlardır. Bkz. **Aristoteles** (2017) *Politika* (Çeviren: Akderin, Furkan), 3. Baskı, İstanbul, Say Yayınları, s. 202-203; Aristoteles'e göre demokrasilerde adalet konusunda yeteneğe değil, sayısal üstünlüğe bakılır. Çoğunluğun adil olduğunu söylediği şey adil sayılır. Aynı şekilde demokrasilerde soylu olmamak, kültürlüzlük ve fakirlik erdem sayılır; Bu konuda ayrıca bkz. **Uygun, Oktay** (2017) *Demokrasi*, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 91-95.

<sup>2</sup> Demokrasiye yönetme hakkının bütünüyle çoğunluğa ait olduğunu kabul eden Westminster tipi çoğunlukçu demokrasiyle, yönetimin mümkün olan en büyük çoğunluğun uzlaşısıyla gerçekleştirilmesi gerektiğini ileri süren oydaşmacı demokrasiye dair bkz. **Lijphart, Arend** (Tarihsiz Baskı) *Çağdaş Demokrasiler* (Çeviren: Özbudun, Ergun/Onulduran, Ersin), Ankara, Yetkin Yayınları, s. 13-35.

<sup>3</sup> Fransızcası *constitutionnalisme*, İngilizcesi *constitutionalism* olan ilgili kavramın, Türkçe'ye daha doğru çevirisinin "anayasacılık" yerine "anayasalcılık" olduğuna ve bu çevirinin ilgili kavramın ruhuna daha uygun olduğunu dair bkz. **Özbudun, Ergun** (2017) *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 3. Biz de yazımızda yaygın olarak kullanılan "anayasacılık" kavramı yerine, ilgili terimin daha doğru bir çevirisi olarak görülebilecek "anayasalcılık" kavramını tercih ettik. Zira anayasalcılık ifadesinin kullanımı, yalnızca anayasalı/anayasal devlet kavramlarında da görülebilecek ayrımın *constitutionnalism* ifadesinin ruhuna uygun şekilde ortaya konmasına hizmet etmemektedir. *Constitutionalism*, yazılı herhangi bir anayasaya bağlılığı değil, temel hakların korunması amacıyla sınırlı iktidar ilkesine bağlılığı ifade etmekle beraber; *constitutional* ifadesi, Türkçe'ye ancak "anayasal" olarak çevrilebilir. Sonuç olarak *constitutionalism* de, anayasalcılık olarak çevrilir. Bu durumda hem yalnızca yazılı herhangi bir anayasaya değil, sınırlı iktidar ilkesine bağlılığın kavramsallaştırılması açısından; hem de dil bilimsel açıdan daha doğru çeviri, anayasalcılıktır.

<sup>4</sup> **Post, Robert** (2005) "Democracy and Equality", *Law, Culture and the Humanities*, C: 1, S: 2, s. 147.

<sup>5</sup> **Zakaria, Fareed** (1997) "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs*, C: 76, S: 6, s. 25-26.

Tarihsel süreçte anayasalcılığın gelişim çizgisinin başlangıcının tespiti için Ortaçağ, ilgi çekici bir dönemdir. Örneğin, Ortaçağ'da özgür şehirlerce krallardan elde edilen beratlar, kral iktidarının sınırlandığını teyit eden belgelerdi<sup>6</sup>. O döneme özgü bu tip gelişmeler, günümüz anayasalcılığına giden yolda kilometre taşları olarak düşünülebilir<sup>7</sup>.

Ortaçağ anayasalcılığında da, Aydınlanma Çağı düşüncesi ve özellikle liberal felsefeyle beslenmiş modern anayasalcılıkta da temel amaç, siyasal iktidarın kullanımını sınırlamaktır. Ortaçağ'da bu yolla şehirlerin, bölgelerin, seçkin toplumsal sınıfların hukuku korunurken,<sup>8</sup> modern anayasalcılıkta odak liberal felsefenin de etkisiyle bireyin korunmasına kaymıştır. Böylece günümüz anayasalcılığı; siyasal iktidar karşısında bireyin hukukunun korunmasının amaçlandığı bir düşünce sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>9</sup>.

Öte yandan günümüz anayasalcılığı Aristo'nun *politeia*<sup>10</sup> kavramıyla ilişkilendirilse de bu kavram, iktidarın sınırlandırılmasından ziyade düzenlenmesine ilişkindir<sup>11</sup>. Bu bakımdan anayasalcılığın gayesiyle Aristo'nun *politeia* kavramı bağdaşmaz.

Anayasalcılık ve demokrasinin, sahip oldukları farklı amaç ve içeriklere rağmen, siyasal alana ilişkin olmaları bir teması kaçınılmaz kılmıştır. Bu temas, ilgili kavramların çeşitli anlayış ve yorumlanış biçimleri dolayısıyla kimi zaman çatışmalı kimi zamansa uyumlu bir çizgide seyretmiştir. Her halükarda sağlıklı bir hukuki ve siyasi düzene sahip olmak için anayasalcılık ve demokrasi arasındaki ilişki açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu yazının temel problemi de budur.

<sup>6</sup> Şehirlerde yaşayan kimselerin toprak sahibi soylulardan aldıkları beratlarla serf olmanın getirdiği sınırlamalardan kurtulduğuna, ticaret serbestisine sahip olduğuna ve kimi şehirlerin aldıkları beratlarla bağımsızlığa yaklaşan yetkiler kazandığına dair bkz. Huberman, Leo (2014), *Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla* (Çeviren: Belge, Murat), 15. Baskı İstanbul, İletişim Yayınları, s. 40-44.

<sup>7</sup> Levy, Jacob T. "Montesquieu's Constitutional Legacies", Kingston, Rebecca E. (Editör) *Montesquieu and His Legacy* (2009a), 1. Baskı, State University of New York Press, New York, s. 115

<sup>8</sup> Levy, Jacob T. (2009b) "Not so Novus an Ordo Constitutions Without Social Contracts", *Political Theory*, C: 37, S: 2, s. 200.

<sup>9</sup> Friedrich, Carl (2014) *Sınırlı Devlet*, (Çeviren: Turhan, Mehmet), 2. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, s. 142.

<sup>10</sup> Aristo'nun "politeia"sı özel alanı korumak için sınırlandırılmış bir idaredense, dengeli ve iyi bir idareye ilişkindir. Bu konuda bkz. Jobart, Jean-Charles (2006) "La Notion de Constitution chez Aristote" *Revue française de droit constitutionnel*, C: 65, S: 1, s.121-122; Bu bakımdan *politeia* kuvvetler ayrımından ziyade dengeli hükümet kavramıyla ilişkilidir. Dengeli hükümet ve kuvvetler ayrılığına ilişkin olarak bkz. Özbudun (2017), s. 13-15.

<sup>11</sup> Sartori, Giovanni (1962) "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", *The American Science Review*, C: 56, S: 4, s. 860.

## I. DEMOKRASİ KAVRAMI VE UYGULAMASI

Bir ideal olarak demokrasi, halkın kendi kendini yönetimi olarak tanımlanabilir. Bir başka meşhur tanım, ABD Başkanı Abraham Lincoln tarafından “*halkın, halk için, halk tarafından yönetimi*” olarak yapılmıştır<sup>12</sup>. Bu manasıyla demokraside, idare edenle idare edilenin özdeşliği vardır<sup>13</sup>. Halkın idaresi, başka bir deyişle de iktidarın halk tarafından kullanımı bir ideal olarak kelimelere kolayca dökülebiliyor olsa da uygulamaya aynı şekilde geçememektedir.

### A. GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE DEMOKRASİ PRATIĞİ: DOĞRUDAN VE TEMSİLİ DEMOKRASİ

Toplulukların yönetiminde demokratik usullerin geçmişi günümüzden binlerce yıl önceye dayanmaktadır<sup>14</sup>. Antik Yunan dünyasının en etkili şehir devletlerinden birisi olan Atina’da demokratik yönetim hâkimdi. Malum olduğu üzere demokrasinin kendisi de, Yunanca bir kelimedir. Atina’nın bütün vatandaşları, devletin idaresine katılma ve bunu yönlendirme hakkına sahipti<sup>15</sup>. Buna rağmen vatandaş olmak için erkek olmak, köle olmamak gibi şartlar aranıyordu.<sup>16</sup> Dolayısıyla demokrasinin temel direği olarak görülen siyasi eşitliğin günümüzdeki kadar dahi mevcut olduğundan söz etmek güçtü<sup>17</sup>.

Atina’daki vatandaşların devlet idaresine ilişkin sahip oldukları hakları doğrudan kullanması söz konusuydu. Kamusal konularda forumda toplanan vatandaşlarca tartışmalar yapılıyor ve bu konulara ilişkin kararlar ekklesia’da yahut dikasteria’da yapılan oylamalar neticesinde alınıyordu<sup>18</sup>. Nitekim Atina Demokrasisine “doğrudan demokrasi” denmiştir. Buna rağmen Robert Dahl’in de işaret ettiği gibi, kararların alınmasına bütün vatandaşların söz

<sup>12</sup> Bu ifadeler, Abraham Lincoln’un ABD İç Savaşı’nın yönünü tayin eden olaylarından olan Gettysburg Muharebesi’ni takiben verdiği ve Gettysburg Söylevi olarak bilinen nutkunda “...*government of the people, by the people, for the people*...” olarak yer almaktadır. 272 kelimelik nutkun tam metni için bkz. **Lincoln, Abraham**, Cornell University Rare and Manuscript Collections, “The Gettysburg Adress”, <[http://rmc.library.cornell.edu/gettysburg/good\\_cause/transcript.htm](http://rmc.library.cornell.edu/gettysburg/good_cause/transcript.htm)>, s.e.t. 19.03.2019.

<sup>13</sup> **Kelsen, Hans** (2019) *Demokrasi: Doğası & Değeri* (Çeviren: Uysal, Yasin), 1. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 22.

<sup>14</sup> Demokrasinin binlerce yıl önce pek çok bölgede ve birden çok defa icat edildiğine dair bkz. **Dahl, Robert A.** (2017) *Demokrasi Üzerine* (Çeviren: Betül Kadioğlu), 4. Baskı, Ankara, Phoenix Yayınevi, s. 15-17.

<sup>15</sup> **Anayurt, Ömer** (2018) *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 436.

<sup>16</sup> **Anayurt**, s. 437.

<sup>17</sup> Siyasi eşitlik, “...*erişkinler(in) arasında hiç kimse diğerlerinden, devlet yönetimi bağlamında eksiksiz ve nihai otoriteyle donatılmasını gerektirecek kadar, daha yetenekli*...” olmadığı fikrine dayanır. Bkz. **Dahl, Robert A.** (2018) *Siyasi Eşitlik Üzerine*, (Çeviren: Zeybekoğlu, A. Emre) 1. Baskı, Ankara, Dost Yayınları, s. 17.

<sup>18</sup> **Ober, Josiah** (1993) “Public Speech and the Power of the People in Democratic Athens”, *Political Science and Politics*, C: 26, S: 3, s. 483-484.

hakını kullanarak katılması mümkün değildi<sup>19</sup>. Bilakis bazı önde gelen vatandaşların görüşleri dikkatle dinlenir, diğerlerinin bu görüşleri takip etmesi yahut reddetmesi yoluna gidilirdi<sup>20</sup>.

Demokrasi, yalnızca vatandaşların siyasi eşitliğine dayanmamaktadır. Bu bakımdan Hans Kelsen, siyasi eşitliğin ötesinde demokrasinin hareket noktası olarak özgürlüğü işaret etmektedir. Kelsen'e göre, demokrasiyi ve bunun pratiğe yönelik bir zaruri sonucu olan çoğunluk idaresini<sup>21</sup> özgürlüğe dayandırmak salt eşitlik kaynaklı açıklamalardaki mekanik boyutu ortadan kaldırır<sup>22</sup>. Kelsen'e göre, demokraside yurttaşlar verdikleri oylarla itaat eden olmaktan çıkar; fakat bu çıkış yalnızca çoğunlukta olan ve bu çoğunluğun içinde kalanlar için mümkündür<sup>23</sup>. Neticede, mümkün olan en fazla sayıda bireyi özgür kılabilmek için, mutlak çoğunluğa yaklaşan kitlelerle kararlar almak gereklidir<sup>24</sup>.

Temsili yapıysa ulus devletin demokrasi üzerindeki zorunlu bir sonucudur<sup>25</sup>. Zira on altıncı yüzyıldan itibaren Ortaçağ'ın mirası üzerinde yükselen modern ulus devletleri, binlerce kilometrekarelik alanlarda milyonlarca insanı uyruğu haline getirmekteydi. Britanya Adası'nı nihayetinde parlamentonun üstünlüğü ilkesine götürecek olan istisna göz ardı edilirse, bu uluslar evvela mutlak kralların otoritesi altında yaşadı. Öte yandan adem-i merkezîyetçiliğin yok edilip iktidarın merkezileşmesinde kralın yanında duran burjuvazi, artık iktidarın kullanımı tekelini de eline almak niyetine sahipti<sup>26</sup>. Bu noktada iktidarın halk kitlelerince kullanıldığı demokrasi kavramı araçsallaştırdı ve Antik Yunan'dan sonra uykuya dalan demokrasi düşüncesi Aydınlanma Devri'nde yeniden uyandı<sup>27</sup>.

Öte yandan demokrasi de her problemi çözememekteydi. Bilakis iktidarın kullanılmasında probleminin çözümü, hem sistemin işlerliği hem de burjuvazi çıkarlarının korunması için şarttı. Demokrasi, halkın halk tarafından idaresiye herkes karar alım sürecine katılmamalı mıydı? Bu noktada Ortaçağ'ın temsil kurumunun<sup>28</sup> Antik Çağ'ın mirası olan demokrasinin içine yerleştirilmesi bir çözüm olarak ortaya çıktı. Böylece ortaya atılan millet egemenliği teorisiyle halk ve millet

<sup>19</sup> Dahl, (2017) s. 121-123.

<sup>20</sup> Dahl (2017), s. 123.

<sup>21</sup> Kelsen, s. 15.

<sup>22</sup> Kelsen, s. 16.

<sup>23</sup> Kelsen, s. 14-16.

<sup>24</sup> Kelsen, s. 16.

<sup>25</sup> Kelsen, s. 34.

<sup>26</sup> Huberman, s. 169-172.

<sup>27</sup> Erdoğan, Mustafa (2017) Anayasal Demokrasi, 13. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, s. 237.

<sup>28</sup> Daha ziyade aristokratik zümrenin temsil edildiği zümre parlamentolarının, 14'üncü yüzyıldan sonra halk temsilcilerinin de, İngiltere örneği özelinde, siyasal hayata katıldığına dair bkz. **Gönenç, Levent** "Ortaçağ Avrupası'nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri", Yazıcı, Serap/Gözler, Kemal/Göztepe, Ece (Editörler) (2008) Ergun Özbudun'a Armağan Cilt II, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi s. 286.

kavramları arasında bir ayırım yapıldı. Geçmiş, günümüzü ve geleceği hep birlikte kapsayan soyut bir millet kavramı öne sürüldü ve egemenliğin yalnızca günümüzde yaşayan vatandaşlara değil, bunların geçmişte yaşayan atalarına ve gelecekte yaşayacak altsoylarına da ait olduğu savlandı<sup>29</sup>. Bu soyut kavramın yönetme hakkıysa ancak temsilcilerinin vücudunda tecessüm edebilirdi. Kısacası, bu “... ‘millî egemenlik’, bir yandan monarkın egemenliğine son verirken, öte yandan da iktidarın halk yığınlarının eline geçmesini ve doğrudan kullanılmasına engel olacak bir formüldü<sup>30</sup>.”

Bu teori, iki sorunun birden çözümüne hizmet etmekteydi. Birincisi, yönetim hakkının tabana yayılmadan belirli bir zümrenin elinde kalması gereği idi. Temsil teorisi, siyasi haklara bir bütün halinde nüfuz ederek hem seçenlerin hem de seçilenlerin belirlenmesinde yeni iktidar sahiplerine hizmet etti<sup>31</sup>. İkincisiyse, modern ulus devlette demokrasinin o güne kadar bilinen pratiğinin uygulanmasının imkânsızlığıdır. Artık sayısı milyonlarla ölçülen vatandaşlara sahip olan, bir ucundan öbür ucuna seyahat etmenin haftalar hatta belki de aylar süreceği büyüklükteki devletlerin yönetiminde doğrudan demokrasinin ülke çapında uygulanması imkânsızdı. Hâlbuki temsil kurumu sayesinde belirli sayıdaki temsilci bir araya gelip temsil ettikleri millet adına karar alabilirlerdi.

Aydınlanma Çağı’ndan sonra demokrasi, pratikte halkın kendi kendini ancak temsilcileri eliyle yönettiği idare tarzı haline geldi. Devrin önemli düşünürlerinden biri olan Jean-Jacques Rousseau, egemenliğin kullanımının halkı oluşturan her bireyin iradesinin toplamı olan genel iradenin ortaya konulması olduğunu<sup>32</sup>, bu egemenliğin bölünmez ve devredilmez bir nitelik taşıdığını<sup>33</sup> ve dahası hükümetin bu egemenin ancak bir uzvu olduğunu savlayarak millet egemenliği teorisine karşı çıkar<sup>34</sup>. Buna rağmen Rousseau dahi toprakları geniş ve büyük bir nüfusa sahip Polonya için düşüncelerinde temsil kurumuna yer verdi ve bu kurumun varlığının zaruretinden bahsettiyse de<sup>35</sup> temsili vekalet hakkındaki olumsuz görüşleri, bu kurumun Ortaçağ’da ortaya çıkmış ve aristokratik bir nitelik taşıyor oluştundan ötürü baki kaldı<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> Teziç, Erdoğan (2017) Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 21. Baskı, İstanbul, Beta, s. 111.

<sup>30</sup> Teziç, s. 111.

<sup>31</sup> Anayurt, s. 453.

<sup>32</sup> Rousseau, Jean-Jacques (2013) Toplum Sözleşmesi (Çeviren: Vedat Günyol), 10. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 55.

<sup>33</sup> Rousseau, s. 23-26.

<sup>34</sup> Rousseau, s. 54-55.

<sup>35</sup> Teziç, s. 115.

<sup>36</sup> Ağaogulları, Mehmet Ali (2010) Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği, 2. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, s. 101-102

## B. TEMSİLİ DEMOKRASİ UYGULAMASININ SONUÇLARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doğrudan demokrasinin modern ulus devletteki imkânsızlığından doğan ve millet egemenliği teorisinin temsil kurumuyla yoğrulan “temsili demokrasi” uygulaması incelemeye değer çeşitli sonuçlar ortaya çıkarmıştır.

Her şeyden önce, temsil ilişkisi aracılığıyla iktidarın kaynağı ve kullanıcıları ayrılmıştır. İktidarın sahibi ve yegâne kaynağı olan millet, bu iktidarını çeşitli kurumlar eliyle kullanmak durumunda kalmıştır. Millet adına onun iktidarını kullananlarsa fiili güç sahipleri olarak bir siyasi elit haline gelmişlerdir<sup>37</sup>. Ayrıca yukarıda da bahsettiğimiz gibi, temsil yollu bir siyasi elit yaratma eğilimi doğrudan demokrasilerde dahi gözlemlenebilir.

Demokratik idare usulüne göre topluma ait olan iktidarı kullanan bir zümrenin varlığından çıkarılabilecek sonuçlar nelerdir? Birincisi, bir ideal olarak demokrasiyle uygulama arasında derin ayrılıkların var olduğudur. “Halkın, halk için, halk tarafından yönetimi” olarak idealize edilen demokrasi, fiili düzlemde; halkın, çeşitli gayelere yönelik olarak, halk tarafından seçilenlerce yönetimi şeklini almaktadır. Bu durum, pek çok yazar tarafından ele alınmıştır. Dahl, bu idarelere “poliarşi<sup>38</sup>” adını vermektedir<sup>39</sup>. Temsili demokrasinin ideal biçimiyse temsilcilerin halkın eğilimlerine uygun oluşu haline gelmiştir<sup>40</sup>.

İktidarı halk adına kullanan bir zümrenin varlığından çıkarılabilecek bir ikinci sonuç, siyasi iktidarın kullanılmasına getirilen sınırların demokratik ideallerle bütünüyle uzlaşmaz olduğu savının reddedebileceğidir. Zira uygulanagelen sistem, siyasi iktidarın kullanılmasını belli insan gruplarına terk ederek ideal demokrasiden sapar. Demokrasinin ideal tanımından sapıldığı

<sup>37</sup> Temsili sistemin düşüncesinin altında yatan görüşün toplumun genel menfaatlerini temsil etmeye mukadder bir kesimin bulunduğuna ve bu kesimlerin 19’uncu yüzyılda aydınlanmış toprak sahipleri, günümüzdeyse profesyonel siyasetçi sınıfı olduğuna ve de temsilin toplumsal sınıflar arasındaki hiyerarşik bir mantığa dayandığına dair görüşler için bkz. **Rancière, Jacques** (2018) *Nasıl Bir Zamanda Yaşıyoruz?*, (Çeviren: Erşen, Murat) 1. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları, s. 16.; Öte yandan siyasi elit kavramının tanımlanmasında zorluklara dair bkz. **Turhan, Mehmet** (2000) *Siyasal Elitler*, 2. Baskı, Ankara, Gündoğan Yayınları, s. 32-40; Bununla beraber siyasi elitin “...siyasal iktidara diğerlerinden daha fazla sahip olan kişiler...” olarak tanımlanabileceğine dair bkz. **Turhan**, s. 41; Toplumun belli bir kesiminin siyasal iktidara diğerlerinden daha fazla sahip olması olgusu, demokrasinin eşitlik temelli yaklaşımıyla çelişki içindedir.

<sup>38</sup> Poliarşi kavramına dair bkz. **Dahl** (2017), s. 104-107.

<sup>39</sup> Günümüzdeki durumsa, Colin Crouch’a göre parabolik bir demokratik gelişimin tepe noktasından sonra demokrasinin gerileme sürecidir. Yazar demokratik idealden uzaklaşılın bu sürece, “post-demokrasi” adını vermektedir. Yazara göre 21’inci yüzyılda yaşadığımız post-demokratik sürecin kendine has bazı özellikleri vardır. Bunlardan bazıları: kamuoyunun, siyasetçiler tarafından iletişim tekniklerini kullanarak manipüle, siyasal katılımda temsilcilerine teslim olmuş vaziyette pasifize edilmesi; toplumsal müzakere yollarının azalmasından ötürü kişiselleşmiş siyaset ve sıradan insanın karşısında siyasete etki eden bir güç olarak küresel şirketlerin varlığıdır. Bkz. **Crouch, Colin** (2016) *Post- Demokrasi*, (Çeviren: Zeybekoğlu, A. Emre), 1. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları s. 26-36.

<sup>40</sup> **Lijphart**, s. 11.



ölçüde, sisteme getirilebilecek sınırlamaların, demokrasinin ve dolayısıyla bir ülkede yaşayan halkın iradesini değil<sup>41</sup>; iş başında bulunan zümreyi kısıtladığı fikrine ulaşılabilir<sup>42</sup>.

## II. ANAYASALCILIK DÜŞÜNCESİ

Demokrasi, iktidarı kullanılmasına ilişkin paradigmada bir değişim yaratıp iktidarın monarkların elinden alınmasına hizmet etmiştir. Anayasalcılık düşüncesiye iktidarın kimin elinde olduğundan ziyade, sınırlandırılması gereğiyle ilgilenmiştir. Burada demokrasiye uygunluk bir meşruluk meselesiyken; anayasallık bir hukukilik meselesidir<sup>43</sup>.

Anayasalcılık düşüncesinin hem siyasi hayattaki hem de düşünsel alandaki önemli taraftarlarından James Madison, iktidarın sınırlanması gereğini şöyle ifade etmiştir: “(İ)nsanlar melek olsaydı, devlet gereksiz olurdu. İnsanları melekler yönetseydi, devlet üzerinde ne içten ne de dıştan bir kontrol gerekirdi<sup>44</sup>.” Halbuki anayasalcılık düşüncesine inananlara göre Lord Acton’un Mandell Creighton’a yazdığı mektubunda geçen meşhur vecizesi son derece doğrudur: “(G)üç yozlaştırmaya yatkındır ve mutlak güç mutlaka yozlaştırır<sup>45</sup>.”

## A. ANAYASALCILIK KAVRAMININ TARİHSEL YOLCULUĞU

Türkçeye “anayasa” olarak çevrilen<sup>46</sup> *constitution* ifadesi; kurmak, oluşturmak, teşkil etmek manalarına gelen Latince *constituere* fiilinden türemiştir<sup>47</sup>. Öte yandan *constitutio* ifadesi, 2’nci yüzyıldan itibaren, Roma hukukunda “egemence kabul edilen kararnameyi” ifade etmeye başladı.<sup>48</sup> On dokuzuncu yüzyıla gelindiğinde, bir anayasal sistemden anlaşılan şey, “...birey özgür-

<sup>41</sup> Halkın kendi kendini yönetmek için politika yaratımına, kültürel yahut kurumsal müdahalelerle sınırlamalar getirildiğine dair bkz. **Tushnet, Mark** (2003) “Forms of Judicial Review As Expressions of Constitutional Patriotism”, *Law and Philosophy*, S: 22, s. 353-354; Yargısal denetimin alanı genişledikçe, tartışmalı ve ancak diyaloga kapalı bir hukuk yaratımına yol açtığına dair bkz. **Tushnet**, s. 355-356.

<sup>42</sup> Temsilcilerin iradesiyle halk iradesinin doğrudan özdeşleştirilemeyeceğine dair bkz. **Anayurt**, s. 656-657

<sup>43</sup> **Tremblay, Luc B.** (2011) “Deux thèses sur la démocratie et le constitutionnalisme : la souveraineté du peuple et l’engagement préalable” *Revue de droit de l’Université de Sherbrooke*, C: 41, S: 3, s. 587.

<sup>44</sup> “(I)f men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary.” **Madison, James** ‘Federalist No. 51’ Carey, George W./McClellan (Editörler) (2001) *The Federalist*, 2. Baskı, Indiana, Liberty Fund, s. 269.

<sup>45</sup> “(P)ower tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely.”, Lord Acton’dan İngiltere Kilisesi Başpiskoposu olan muhatabına yazılan bu mektubun tam metnine ulaşılabilir adres için bkz. **Dalberg-Acton, Jon**, Online Library of Liberty, “Acton-Creighton Correspondance”, <[https://oll.libertyfund.org/titles/acton-acton-creighton-correspondence#lfl524\\_label\\_010](https://oll.libertyfund.org/titles/acton-acton-creighton-correspondence#lfl524_label_010)> s.e.t. 18.03.2019.

<sup>46</sup> “Teşkilât-ı esâsiyye kanunu” teriminin *droit constitutionnel* ifadesinin daha doğru bir çevirisi olduğuna dair bkz. **Gözler, Kemal** (1999) *Anayasa Hukukunun Metodolojisi* 1. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, s. 135; *Droit constitutionnel*’in konusunun yalnızca yürürlükteki anayasadan ibaret olmadığına dair bkz. **Teziç**, s. 3.

<sup>47</sup> **Merriam-Webster Online Dictionary**, <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/constitute#etymology>> s.e.t. 12.06.2019.

<sup>48</sup> **Sartori**, s. 853

*lüklerinin korunduğu sistem(di)...<sup>49</sup>* Yeter ki, kural, ilke yahut karşılıklı kurumsal anlaşma yoluyla gücün keyfi kullanımını engellensin<sup>50</sup>. Anayasa ve anayasalcılık kavramları bu şekilde ele alındığı takdirde, temel hak ve özgürlüklerin üstün çeşitli kurullarla korunduğu ve fakat kodifiye edilmiş bir anayasa metnine sahip olmayan Birleşik Krallık'ta da gerçekten bir *anayasa* olmadığını söylemek güç hale gelir<sup>51</sup>. Yirminci yüzyıldan sonra, olan anayasayla olması gereken anayasa arasında bir ayırım yapılmış olsa da<sup>52</sup>; anayasalcılık kavramı anlamını korumaya devam etti. Bu kavramın tanımını üstünde kesin bir oydaşma olmasa da, sınırlanmış devlet formülasyonuna genel olarak sadık kalındığı ileri sürülebilir<sup>53</sup>.

Anayasalcılık düşüncesinin nüvelerine birçok yazarın da işaret ettiği gibi Ortaçağ Avrupası'nda rastlanmaktadır<sup>54</sup>. Burada krala karşı özgür şehirler ve kiliseler kendi hukuklarını savunmak için kralın iktidarının dahi sınırlı olduğu görüşüne sarılmışlardır. Ortaçağ anayasacılığında, bu iktidarın, tanrı buyruğuyla sınırlı olduğu düşüncesi hâkimdi<sup>55</sup>. Tanrı buyruğuna aykırı hareket eden krallar, meşruiyetini kaybeder ve bir tiran olmaktan öteye geçemezlerdi. Bu noktada özellikle kazanılmış haklara saygı ilkesi sayesinde kralın müdahale edemeyeceği özerk bir alanın mevcudiyeti söz konusuydu<sup>56</sup>. Carl Friedrich biraz da bu hususlardan yola çıkarak çağdaş anayasalcılık düşüncesiyle Hıristiyan kültürü arasında bağlantılar bulmaktadır<sup>57</sup>. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Birincisi, Hıristiyan kültür dünyasının parçası olmayan pek çok ülkede siyasal iktidarın kısıtlandığı ve bireysel haklara saygılı bir sistemin mevcut olduğu gözlemlenmektedir. Bu ülkelere, Japonya örnek olarak gösterilebilir<sup>58</sup>. İkincisi, Hıristiyan kültür dünyasının bir parçası olmasına rağmen siyasal iradenin neredeyse sınırsızca kullanılabilirdiği ülkelerin varlığı herkesin

<sup>49</sup> "... a system of protected freedom for the individual...", **Sartori**, s. 855.

<sup>50</sup> **Sartori**, s. 855.

<sup>51</sup> **Sartori**, s. 855.

<sup>52</sup> Anayasanın bir hukuki belge olarak devlet statüsü niteliğinde olduğu, siyasal boyutunun ise 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 16'ncı maddesindeki insan haklarını teminat altına alma ve kuvvetler ayrılığını sağlamak olduğuna dair görüşler için bkz. Teziç, s. 161-162; Burada yazılı bir anayasanın varlığı, hukuki niteliği sağlayıp olan anayasayı ortaya koyarken, siyasal boyut bir ideal olarak olması gereken anayasayı teşkil etmekteydi. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Sartori**, s. 857-859.

<sup>53</sup> **Sweet, Alec Stone** (2008) "Constitutionalism, Rights, and Judicial Power" Faculty Scholarship Series, Paper: 77, s. 219; Bununla beraber anayasalcılığı temel kuruluşa ve pratiğine ilişkin inançlar seti olarak yahut kültürel bir açıdan tanımlayan diğer görüşler için bkz. **Sweet**, S. 219-220.

<sup>54</sup> Bu konuda bkz. Levy (2009a), s. 115; Bu duruma rağmen Ortaçağ anayasalcılığıyla günümüz anayasalcılığı arasındaki temel bazı farklılıkların da olduğuna dair bkz. **Gönenç**, s. 270.

<sup>55</sup> **Gönenç**, s. 274.

<sup>56</sup> **Gözler, Kemal** (2009) İdare Hukuku Cilt I, 2. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, s. 119-120.

<sup>57</sup> **Friedrich**, s. 36.

<sup>58</sup> **Lijphart**, s. 37.

malumudur. Bunlara örnek olarak da Rusya'yı gösterebiliriz<sup>59</sup>. Dolayısıyla Hıristiyan kültürüyle sınırlı iktidar arasında bir pozitif korelasyonun varlığı öne sürülemez.

Aydınlanma Çağı'nın seküler yapısı, anayasalcılık kavramına da sirayet etmiştir. Çağdaş anayasalcılık, tanrısal hukukla değil, doğal haklarla siyasi iktidarı sınırlama amacı gütmüştür. Doğal haklar teorisi, hakların tanrıdan değil, insan doğasından kaynaklandığı düşüncesi üzerine yükselir<sup>60</sup>. Buradan itibaren anayasalcılıkta doğal haklar, hukuk ötesi bir niteliğe sahip olarak hukukun devlet tarafından "...yaratılmasında, yorumlanmasında ve uygulanmasında..."<sup>61</sup> bir geçerlilik şartı haline gelmiştir<sup>62</sup>.

Locke ve Montesquieu anayasalcılığın, diğer bir deyişle siyasal iktidarın sınırlandırılmasının, kuvvetler ayrılığı ile mümkün olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu noktada Locke'un yaptığı kuvvetler ayrılığı şablonundansa<sup>63</sup> Montesquieu'nün yasama-yürütme-yargı kurgusu eksenindeki ayırım geniş çapta kabul görmüştür. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi her ne kadar bu yeni anayasalcılık, seküler bir yapıyı haiz olsa da, Ortaçağ anayasalcılığından doğrudan bir kopuş anlamına gelmeyecektir<sup>64</sup>. Kâdir-i mutlak olmayan bir iktidarın varlığının doğru ve gerekli olduğu yargısının yanı sıra; Kral, lordlar ve avam arasında bir dengeyi öngören İngiliz tipi siyasi örgütlenmenin çağdaş anayasalcılığın önemli kuramcıları olan Montesquieu ve Locke'u etkilemiş olduğu ileri sürülebilir<sup>65</sup>.

Locke ve Montesquieu'nün kurguladığı kuvvetler ayrılığıyla sınırlandırılmış iktidar, Amerikan kurucuları tarafından işlenmiş ve 1787 ABD Anayasası'nda kabul görmüştür.

<sup>59</sup> Rusya'nın otoriter bir yarı-başkanlık rejimi olduğuna dair bkz. **Teziç**, s. 550.

<sup>60</sup> **Fukuyama, Francis** (2001) "Natural Rights and Human History", *The National Interest*, S: 64, s. 22.

<sup>61</sup> "(W)hen state officials make, interpret, and enforce law..." **Sweet**, s. 221.

<sup>62</sup> Bununla beraber insan doğasına ilişkin araştırmalar, değerler alanına insan doğasından yapılacak aktarımların tatsız sonuçları olabileceği yönündedir; bu konudaki bir diğer görüş, hakların doğasını insanların doğasında değil, iradesinde arar. Bu görüşün zayıf noktası, hakların yalnızca toplumların iradesine bağlanması sonucunda, kültürel farklılıklar bahanesiyle, söz gelimi, ifade hürriyeti, kişi dokunulmazlığı gibi değerlerin kolayca çığnanebileceğidir. Bu konuda bkz. **Fukuyama** s. 23; Demokrasiden önce gelen kimi değerlerin tespit edilememesi yahut aralarında bir derecelendirilme yapılamaması halinde ancak demokratik usullerin sorunların çözümü için bir araç olabileceğine dair görüşler için bkz. **Bellamy, Richard/Castiglione, Dario** (1997) "Constitutionalism and Democracy - Political Theory and the American Constitution", *British Journal of Political Science*, C: 27, S: 4, s. 613.

<sup>63</sup> John Locke'a göre kuvvetler: yasama, yürütme ve federatif kuvveti, bu kuvvetler ayrımının daha ziyade toplumsal iradeye ilişkin oluşu ve yasama kavramı etrafında geliştiğine dair bkz. **Friedrich**, s. 44.

<sup>64</sup> **Levy**, (2008) s. 115-118.

<sup>65</sup> Locke için bkz. **Friedrich**, s. 44; Montesquieu için bkz. **Levy**, s. 203.

## B. ANAYASALCILIĞIN ARAÇLARI

Anayasalcılığın gayesini, James Madison şöyle ifade etmiştir: “...ilk olarak hükümetin yönetebilmesini mümkün kılmalısınız, daha sonra da kendi kendini kontrol etmesini sağlamalısınız<sup>66</sup>.” Peki, anayasalcılık hangi araçlarıyla siyasi iktidarın kontrollü kullanımını mümkün kılar?

### 1. Kuvvetler Ayrılığı

İktidarın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla sınırlandırılması nasıl olacaktır? Kuvvetler ayrılığı teorisi, iktidarın parçalanarak birbirini dengeleyen ve denetleyen farklı organlara dağıtılması yoluyla bunun mümkün olacağını ileri sürmektedir.

Kuvvetler ayrılığını farklı fonksiyonlara sahip iktidarlara göre tasarlayan<sup>67</sup> Montesquieu’ye göre, despotizmin hâkim olmaması için yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının farklı organlara yahut şahıslara verilmesi ve bunların kati bir şekilde birbirinden ayrılması gerekmektedir<sup>68</sup>.

ABD Anayasası hazırlanırken, “Kurucu Babalar’ın” önünde; kral, lordlar ve avamın arasında bir dengenin gözetildiği, parlamento içindeki kralın yönetim hakkını haiz<sup>69</sup> ve henüz yürütme yetkisini eşitler arasında birinci sıfatıyla kullanan bir başbakanın ortaya çıkmamış olduğu Britanya örneği durmaktaydı. Birleşik Krallık’a isyan edilerek kurulan devletin “Kurucu Babalarının” eşitlikçi bakış açısına göre bir kralın varlığı söz konusu olamazdı<sup>70</sup>. Yasama, halkoyuyla seçilmiş Kongre eliyle yürütülebilirse de; yürütme için özgün bir çözüm gerekmekteydi. Zira, “Kurucu Babaları” belki de en çok etkileyen<sup>71</sup> düşünürlerden olan Montesquieu’ye göre bir makam aynı anda iki

<sup>66</sup> “...you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.” Madison, “Federalist Paper No. 51”, s. 269.

<sup>67</sup> **Turhan Mehmet** (2004) Anayasal Devlet, 3. Baskı, Ankara, Naturel Yayınları, s. 85.

<sup>68</sup> **Feldman, Jean-Philippe** (2010) “La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d’une doctrine et de ses critiques” Revue française de droit constitutionnel, C: 83, S: 3, s. 483.

<sup>69</sup> **Özbudun** (2017), s. 13-14.

<sup>70</sup> 4 Temmuz 1776 tarihli Bağımsızlık Bildirgesi’nde herkesin eşit yaratıldığı; yaşam, özgürlük ve mutluluğu kovalamanın da arasında bulunduğu Tanrı tarafından bahşedilmiş, devredilemez haklara sahip olduğunun izahı varestede gerçekler olduğu ifade edilmiştir; “(W)e hold these truths to be self evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.”, Metnin orijinal dildeki tamamı için bkz. **United States Congress**, America’s Founding Documents, “Declaration of Independence Transcript”, <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript> s.e.t. 24.03.2019.

<sup>71</sup> Örneğin kurucu babalardan John Adams’ın Montesquieu’nün öğretisinden derinden etkilendiğine dair bkz. **Levy**, s. 205.

kuvveti elinde bulunduramazdı<sup>72</sup>. Henüz önlerinde parlamento içinden çıkan özerk bir yürütme organı örneği de bulunmayan “Kurucu Babalar”, yürütme yetkisini seçilmiş bir krala vermeyi kabul ettiler. Bu seçilmiş kral, Birliğin halkınca belirlenen seçiciler tarafından seçilecek ve belli bir süre için görev yapacaktı. Aynı zamanda federal düzeyde yürütme yetkisini tek başına haiz olacaktı.

“Kurucu Babalar”, kuvvetler ayrılığını yalnızca çeşitli devlet fonksiyonlarının birbirinden ayrılması olarak ele almamış; denge ve denetimin iyi bir yönetimin en önemli şartı olduğunu düşüncesinden hareket ederek federal bir sistem içinde kuvvetleri dikey şekilde de ayırmışlardır<sup>73</sup>. Böylece merkezi otoriteyi dengeleyen bir de yerel iktidar adacıkları tahkim edilmiştir.

Öte yandan çağdaş siyasal sistemlerde kuvvetler ayrımının klasik anlamı, siyasi partilerin de ortaya çıkışıyla aşınmaya uğradı<sup>74</sup>. Bu durum özellikle yasama ve yürütme ilişkilerinde ortaya çıktı; bir siyasi parti disiplini altında örgütlenen hükümet ve meclis grupları, parti yönetiminin iradesiyle bağlı şekilde hareket etmeye başladı<sup>75</sup>.

Bu noktada, çağdaş siyasal sistemlerde kuvvetler ayrılığının durumuna dair iki görüşten bahsedilebilir. Birincisine göre, kuvvetler ayrılığı artık yargı bağımsızlığında somutlaşmaktadır. Yargının bağımsız olduğu bir sistemde, kuvvetler ayrılığının varlığından söz edilebilir.<sup>76</sup> Bir diğer görüşe göreyse, partiler demokrasisinde kuvvetler ayrılığının yerini bir alternatif olarak muhalefet ve iktidar partileri ayrımı almıştır<sup>77</sup>. Muhalefet ve iktidar arasındaki ayırmadan doğan iktidarı sınırlandırma işlevi, parlamenter rejimlerde ve yarı-başkanlık sistemlerinin kohabitasyon dönemlerinde mümkün olmaktadır<sup>78</sup>. Disiplinsiz ve geçirgen partilerin bulunduğu Amerikan tipi başkanlık sistemlerinde ise partiler arasındaki kuvvet dağılımından daha ziyade başkan, kongre ve yargı arasındaki denge ve denetim yollu etkileşim daha baskındır<sup>79</sup>.

<sup>72</sup> Bkz. **Montesquieu** (2017) *Kanunların Ruhu Üzerine* (Çeviren: Günen, Berna), 2. Baskı, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, s. 199: “(Ş)u üç güç, aynı kişinin veyahut önde gelenlerden veya asillerden veya halktan oluşan aynı kurumun elinde olursa her şey mahvolur...”

<sup>73</sup> Dikey kuvvetler ayrılığı, yerinden yönetim ilkesi halinde, federalizm kadar yoğun olmasa da 1982 Anayasası’nda yer almaktadır.

<sup>74</sup> **Özbudun, Ergun** (2018) *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 39.

<sup>75</sup> **Özbudun** (2018), s. 39.

<sup>76</sup> **Özbudun** (2018), s. 39.

<sup>77</sup> **Teziç**, s. 496

<sup>78</sup> **Feldman**, s. 491-492.

<sup>79</sup> **Feldman**, s. 492.

## 2. Katı Anayasa ve Anayasa Yargısı

İktidarı tek elde toplamaya yönelik çabalara karşılık olarak kuvvetler ayrılığının yalnızca yöneticilerin iyi niyetine emanet edilmiş bir şekilde var oluşu mümkün müdür? İnsan tecrübesi, otokontrolün<sup>80</sup> tek başına yeterli bir önlem olmadığını örnekleriyle doludur<sup>81</sup>. Bu sebeple anayasalcı düşünce çareyi bütün devlet organlarını bağlayan, alelade çoğunluklarla değiştirilemeyen ve diğer bütün hukuk kurallarından üstün bir temel yasada bulmuştur.

Bununla beraber yazılı ve katılaştırılmış niteliğe sahip bir anayasası olmayan anayasal rejimlerin mevcudiyetinden de bahsetmek gerekir. Bir anayasal kuralın varlığı için, kodifiye edilmiş olmada olduğu gibi, yazılılığın da ne şart ne de kâfi olduğu söylenebilir<sup>82</sup>. Yine de, gelenek ağırlıklı olan ve katı olmayan anayasal rejimlerin ancak ve ancak çok özel şartlar altında istisnai olarak ortaya çıktığının kabulü gerekir<sup>83</sup>.

ABD Anayasası'ndan itibaren katı anayasalar, iktidarın sınırlandırılması amacının önemli araçlarından birisi olmuşlardır. Buna rağmen, yalnızca “parşömen bariyer<sup>84</sup>” niteliğine sahip anayasalar, iktidarın sınırlandırılmasında yeterli olamamışlardır. Zira zorlayıcı bir dış aktörün yokluğu halinde politikacılar, seçmenlerini tatmin ettikleri takdirde, anayasaya uygunluk meseleleriyle uğraşmamayı seçebilmişlerdir<sup>85</sup>.

Anayasanın uygulanmasını diğer organlara dayatacak üçüncü aktör olan “yargı”, 1803 tarihli klasikleşmiş Marbury v. Madison davasıyla anayasaya uygunluk denetimini yapacak organ olarak ABD’de kendini kabul ettirdi. İlgili kararın gerekçesinde, “(E)ğer mahkemeler Anayasayı dikkate almak zorundaysalar ve eğer Anayasa, yasama organının diğer işlemlerinden üstünse,

<sup>80</sup> Çift meclis ve yasama ile yürütme seçimlerinin ayrı ayrı yapılması bu otokontrol araçlarına örnektir, bu konuda bkz. **Bellamy/Castiglione**, s. 599.

<sup>81</sup> 1924 Anayasası döneminde çıkarılan kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmemesinin anayasal güvencelere aykırı kanunlar çıkartılmasını kolaylaştırdığı ve özellikle 1954-1960 yılları arasında anti-demokratik uygulamaların gözlemlendiğine dair bkz. **Özbudun** (2018), s. 31-33; Anayasaya uygunluk denetiminin mevcut olmadığı bir rejimde kanunların anayasaya aykırılığının ancak görünüşte kalacağı, bu durumun hukuki düzlemde karşılık bulamayacağına dair bkz. **Gözler**, Kemal (2018) Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 81.

<sup>82</sup> **Alexander, Larry** ‘Constitutionalism’, Christiano, Thomas/Christman, Jon (Editörler) (2009) Contemporary Debates in Political Philosophy, 1. Baskı, Malden, MA, Wiley-Blackwell, s. 287.

<sup>83</sup> Örneğin, sivil toplumun son derece örgütlü oluşu ve bu sayede siyaset üzerinde güçlü bir kontrolünün oluşu bu şartlardandır. Bu konuda bkz. Lijphart, s. 21.

<sup>84</sup> **Madison, James** ‘Federalist No. 48’, Carey, George W./McClellan (Editörler) (2001) The Federalist, 2. Baskı, Indiana, Liberty Fund, s. 256.

<sup>85</sup> Seçilmiş makamların, seçmenleri tatmin etmeyecek şekilde anayasayı yorumlaması durumunda makamlarından uzaklaştırılmalarının son derece kolay olduğuna dair bkz. **Katyal, Neal K.** (2001) “Legislative Constitutional Interpretation” Duke Law Journal, C: 50, S: 1, s. 1339.

anayasanın ve kanunun birlikte uygulanabileceği bir dava, yasama organının bu gibi olağan işlemlerine göre değil, Anayasaya göre karara bağlanmalıdır<sup>86</sup>.” denilerek içtihadî yolla anayasallık denetimi kabul ediliyordu. Anayasa yargısı uzun süre boyunca ABD sınırları dışına yayılamasa da, özellikle İkinci Dünya Savaşı’nın sonrasında dünyanın geri kalanına da kendini kabul ettirmeyi başardı<sup>87</sup>.

Anayasa yargısı organlarının pratiği hak odaklı bir yaklaşımı da tedricen kapsadı<sup>88</sup>. Bu durum, keyfi iktidarın sınırlandırılmasında kuvvetler ayrılığının korunmasının yanı sıra temel hak ve hürriyetlerin yargı eliyle muhafazası yolunu da açtı. Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında uluslararasılaşma, anayasa yargısına da sirayet etmiş; uluslarüstü bir yeni anayasalcılık kavramı da böylece tartışmaya açılmıştır<sup>89</sup>.

Anayasa yargısı da, tıpkı anayasalcılık gibi demokrasi kavramı ekseninde eleştiriye uğramıştır. Demokratik meşruiyete sahip olmayan yargıçlar tarafından demokrasi yoluyla çözülmesi gereken problemlerin sübjektif bir şekilde sonuca bağlanması, kimi zaman meşru görülmemiştir<sup>90</sup>.

### III. ANAYASALCILIK VE DEMOKRASİ İLİŞKİSİ

Toplumların idaresine ilişkin, farklı kaynaklardan ve farklı amaçlarla doğan iki kavramın birbiriyle etkileşime girmemesi kuşkusuz ki mümkün değildir. Bir idare usulü olarak demokrasiyle, idarede keyfiliği engellemeyi amaçlayan anayasalcılığın ilişkisi de farklı görüş ve tartışmalara sebebiyet verdi.

Anayasalcılığın özellikle meşruiyeti bakımından egemenlikle olan ilişkisi ve bir siyasal toplumda gördüğü işlev önem arz edebilmektedir. Öte yandan, anayasal sınırlandırmalardan arındırılmış illiberal demokrasiler, hem

<sup>86</sup> **Gözler, Kemal** (2011) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II, 1. Baskı, Bursa Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 713; Eserden ilgili kararın gerekçesinin İngilizcesine ve bizim de yazımızda faydalandığımız Türkçe çevirisine ulaşılabilir.

<sup>87</sup> Anayasanın normatif üstünlüğünü sağlamanın bir aracı olan anayasallık denetimi, merkezileşmiş bir mahkeme eliyle yahut yaygın denetim yoluyla yapılabilir. Yaygın denetimde yargıcın hukuku uygulama görevinden ve anayasanın da hukukun bir parçası olduğundan hareket edilirken; merkezileşmiş modelde siyaset ve hukukun kesişme alanı olan anayasal problemlerin çözümü için uzmanlaşmış bir mahkeme gereğinin üzerinde durulur; bu konuda bkz. **Stone**, s. 222-225.

<sup>88</sup> Bu gelişim sürecinin kısa bir özeti için bkz. **Stone**, s.230-234.

<sup>89</sup> Bu uluslararasılaşma, kimi yazarlarca neoliberalizmin bütün dünyaya ihracı olarak ele alınmış ve bu eksende eleştirilmiştir, bkz. **Türe, İlknur** (2016) Yeni Anayasacılık Neoliberalizmin Hukuku, 1. Baskı, Pınar Yayınları, İstanbul, s. 32.

<sup>90</sup> Waldron’a göre, bir kurumun demokratik usuller takip edilerek oluşturulmasıyla o kurumun doğasının demokratik oluşu arasında fark vardır. Bkz. **Waldron, Jeremy** (1999) Law and Disagreement, 1. Baskı, Oxford University Press, New York, s. 257.

anayasalcılığın etkinliğini sorgulatmakta hem de yokluğunun ne kadar arzulanır olduğuna dair somut ve güncel örnekler olarak ortaya çıkmaktadır.

### A. ANAYASALCILIK VE EGEMENLİK

Millet egemenliği teorisinde egemen olan ve ancak temsilcileri eliyle konuşan millet, kurucu iktidar sıfatıyla bir anayasa oluşturur; böylece millet ve hükümet birbirinden ayrılırlar<sup>91</sup>. Bu anlayışa göre hükümet, milletin temsilcisi sıfatını haizdir ve egemen milletin yaptığı anayasaya uygun hareket etmelidir<sup>92</sup>.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, çağdaş demokrasilerin gelişimi ve uygulanmasında millet egemenliği teorisi önemli bir yer tutmaktadır. Ne var ki mevzubahis teori, ne eleştiriden ne de değişimden arı kalmıştır. Rousseau'nun görüşleri çerçevesinde şekillenen halk egemenliği teorisi adı verilen bir diğer teoriye göre, bir ülkedeki egemenlik o ülkedeki bireylerin her birine eşit hisselerle aittir<sup>93</sup>. Bu teori, halktan ayrı bir millet tüzel kişisi yaratıp egemenliği bu soyut millet kavramına terk etmez. Ayrıca yine bu teori sayesinde ki genel oy gibi günümüz demokrasisinin bazı temel kurumları kabul görmüştür<sup>94</sup>. Günümüzde bu iki teorinin iç içe geçtiği ve aralarındaki sert ayrımların ortadan kalktığı da kabul edilmektedir<sup>95</sup>.

Halk egemenliği teorisinin sonuçlarından birisi, temsilin ancak ulus devletlerin büyüklüğünün ortaya çıkardığı zaruretten ötürü kabulüdür. Bu noktada bir zarretin dayatması sonucu göreve gelen temsilci, kendisine temsil yetkisini verenlerin iradesiyle bağlı olan bir uzuvdan fazlası değildir<sup>96</sup>.

Buradan çıkacak bir diğer sonuç da, halk egemenliğinin herhangi bir hukuki belgeyle sınırlanamayacağıdır. Egemen olan halk, anayasayı kabul etmek suretiyle bu egemenliğinden vazgeçemez. Bunun yanında, bir neslin temsilcileri kendilerinden sonra gelenleri bağlayacak bir egemenlik yetkisi devrinde de bulunamaz<sup>97</sup>. Bu görüşe göre insanları, önceki nesillerce yapılmış ve demokrasinin ürünü sayılan anayasaları değiştirmekten alıkoymak kendi içinde tutarsızlıklar barındırır<sup>98</sup>. Self determinasyon yoluyla bir anaya-

<sup>91</sup> Tremblay, s. 588.

<sup>92</sup> Tremblay, s. 589.

<sup>93</sup> Rousseau, s. 55.

<sup>94</sup> Anayurt, s. 251.

<sup>95</sup> Anayurt, s. 254.

<sup>96</sup> Anayurt, s. 250.

<sup>97</sup> Jefferson, Thomas, The Papers of Thomas Jefferson, "Thomas Jefferson to James Madison", <<<https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/thomas-jefferson-james-madison>>> s.e.t. 18.03.2019.

<sup>98</sup> Bellamy/Castiglione, s. 596.



sa yazılmış olması, bunun sonraki nesilleri bağlayarak anti demokratik bir nitelik taşımasına engel olmaz<sup>99</sup>.

Dahası, bir neslin temsilcilerince yapılan hukuki bir düzenleme olan anayasa, sonraki nesillerin temsilcilerinin yer aldığı parlamentoca çıkarılan yasalardan üstün olamaz<sup>100</sup>. Böylesi bir bakış açısı bizi, anayasanın egemenliğinden ziyade parlamentonun egemenliğine götürecektir. Geniş toplumsal kesimlerce uzlaşarak hazırlanan anayasadansa, geçici ve dar çoğunluklar eliyle parlamentoca çıkartılan yasaların evla görülmesiye, kısa vadeli politik hesapların güdülmesi ve yalnızca grup çıkarlarının ilerletilmesi gibi açılardan sorunludur<sup>101</sup>. Parlamento çoğunluğunun sınırsız egemenliğinin olduğu bir düzende yönetme hakkı halkın çoğunluğuna bütünüyle verilir<sup>102</sup>. Bu yolla siyasi elitlerin sınırsız bir güce kavuşmasının dışında, toplumda azınlığı teşkil eden kesimlerin iktidardan asla pay alamaması bunların rejime olan bağlılıklarını da etkileyecektir<sup>103</sup>.

Her şeyden öte kâdir-i mutlak kabul edilen egemen bir halk varsa, bu halkın bir anayasa kabul edebileceğini kabul etmek gerekir. Zira ya halk egemen sıfatıyla bir anayasa kabul edebilir ya da egemen değildir<sup>104</sup>. Burada halkın egemenliğinin iki karakterli olduğu; hem anayasal meselelerin çözümünde kurucu iktidarı şekillendirdiği hem de seçmen sıfatıyla parlamentoyu seçtiği de ileri sürülebilir<sup>105</sup>.

Bir anayasanın egemen tarafından koyulabileceği kabul edildiği takdirde de, bu anayasanın belli aralıklarla yenilenmesi ancak bir yerindelik problemi olacaktır<sup>106</sup>. Bu noktada da Jefferson'ın hesaplamış olduğu gibi, her on dokuz yılda bir anayasaların geçerliliğinin ortadan kalkması yerine; anayasada değişiklik kanallarını açık tutarak toplumsal dinamiklere göre anayasayı esnetmek daha doğru bir çözüm olacaktır<sup>107</sup>.

<sup>99</sup> **Waldron, Jeremy** (2012) "Constitutionalism: A Skeptical View", NYU School of Law, Public Law Research Paper No: 10-87, s. 30.

<sup>100</sup> **Tremblay**, s. 590.

<sup>101</sup> **Dahl** (2017), s. 86.

<sup>102</sup> **Lijphart**, s. 13.

<sup>103</sup> **Lijphart**, s. 26.

<sup>104</sup> Egemenliğin mutlak ve sınırsız olduğuna dair bkz. **Anayurt**, s. 241.

<sup>105</sup> **Tremblay**, s. 592

<sup>106</sup> Thomas Jefferson'ın anayasaların geçerliliğinin 19 yılda bir yenilenmesi gerektiğini düşündüğüne dair bkz. **Gosseries, Axel P.** (2008) "Constitutions and Future Generations" The Good Society, C. 17, S. 2, s. 32; Jefferson, doğum ve ölüm oranlarını dikkate alarak yaptığı hesaplamayla o devre göre 19 yılda erginlerin çoğunluğunun değişeceğini ve bunların yeniden anayasayı ele almalarının gerekeceğini ileri sürmüştür. Bkz. **Jefferson**, dn. 94; Bu görüş, hem nesillerin birbiriyle iç içe geçtiği için ayırt edilemeyeceği hem de nesilleri aşan kimi değerlerin korunması gereğinin daha üstün olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir bkz. **Gosseries**, s. 33.

<sup>107</sup> Değişmez kılan kuralların pratik yollardan aşılmaya mahkum olduğuna dair bkz. **Özbudun** (2017), s. 37

Öte yandan, egemen sıfatına sahip olan toplumun anayasasından vazgeçmeye ve yeni anayasal düzenlemeler vazetmeye kâdir olduğunun da kabulü gereklidir<sup>108</sup>. Bu noktada, sınırlı iktidara sahip anayasal bir yönetimin egemen tarafından tercih edilmesinin, yöneticilerin iradesiyle toplumun iradesinin uyuşması açısından çok daha yerinde olacağını ifade etmeliyiz.

Anayasalcılığın egemenlik ekseninde demokrasiyle bağdaştırılması, sivil topluma duyarlı bir sistemle mümkündür. Bu noktada katılımcı ve özgür bir siyaset ortamı, egemen sıfatını haiz olan toplumun önceden kabul ettiği anayasayı değiştirme iradesine sahip olduğunu tespit etmenin en önemli yolu haline gelmektedir<sup>109</sup>. Bu yolla anayasalcılık, çağdaş ulus devletin zorunlu bir sonucu olan temsili demokrasi organlarını, müvekkillerine kulak vermeye itecektir.

Zira ifade etmek gerekir ki, hiçbir halk kendi anayasasını kendisi yazmamıştır. En demokratik anayasalar dahi temsilciler tarafından hazırlanmıştır. Daha sonra bu metin halkın onayına ya sunulmuştur ya da sunulmamıştır<sup>110</sup>. Dahası, yukarıda da değindiğimiz gibi milyonların yaşadığı bir ulus devlette iktidarı millet değil, onun temsilcileri kullanmaktadır. Anayasa, birey hak ve özgürlüklerini korurken büyük oranda bu temsilcilerin kullandığı iktidarı kısıtlar<sup>111</sup>. İster yazılı tek bir metinde olsun isterse de Birleşik Krallık'taki gibi kodifiye edilmiş olsun; anayasal kurallar, halka her seçimden sonra bir kez daha demokratik usullerle temsilcilerini seçme imkânını verir. Netice olarak demokratik eğilimlere duyarlı bir anayasal düzen, egemenliğin halk tarafından kullanılması gerektiği yönündeki demokratik ideale ihanet etmez; temsili demokrasinin zıt yöndeki eğilimlerini törpüler.

## B. FARKLI TOPLUMSAL KESİMLERİN UZLAŞI BELGESİ OLARAK ANAYASA VE ANAYASALCILIK

Anayasalar, farklı toplumsal kesimlerin siyaset alanı üzerinde vardığı uzlaşının bir belgesi olarak da ele alınabilir<sup>112</sup>. Bu uzlaşmayı da, ilgili kesimler

<sup>108</sup> Bu durumda toplumda bir müzakere gereği doğacağına dair bkz. **Tremblay**, s. 601.

<sup>109</sup> **Tremblay**, s. 596; Tremblay'e göre bu iradenin birçok ifade edilme yolu vardır. Örneğin baskın bir kamusal eğilim, insanların anayasal düzenden memnuniyetsizliğini toplandı ve gösteri yürüyüşü yoluyla ifade etmesi yahut bir kurucu meclis kurulması halkın yeni bir anayasa istediğini gösterir.

<sup>110</sup> Demokratik anayasa yapımında; halk tarafından seçilen adil bir dağılıma göre belirlenmiş temsilcilerin varlığı ve açık bir tartışma ortamı, halkoyuna sunulmaktan daha önemli görülebilmektedir. Bu konuda bkz. **Teziç**, s. 184.

<sup>111</sup> Dolayısıyla siyasi elitlerce kullanılan iktidarı kısıtlanması, yalnızca temel hak ve özgürlüklerin tartışmaya kapatılması şeklinde ele alınmaz. İlgili görüş için bkz. **Bellamy/Castiglione**, s. 600.

<sup>112</sup> Bu uzlaşma sürecinin bir anlatımı için bkz. **Alexander** (2009), s. 283-284.

adına bunların temsilcileri pazarlık yoluyla gerçekleştirirler<sup>113</sup>. Keyfiliğin önlenmesi amacıyla iktidarın sınırlandırıldığı anayasalcılık felsefesiyle hazırlanan bu belgeler, siyaset alanının sınırlarını çizerek farklı toplumsal kesimlerin birbirine karşı kullanabileceği iktidarı kısıtlayarak<sup>114</sup> heterojen toplumları oluşturanların bir arada var oluşunu mümkün kılar. Buradaki belge, klasik sosyal sözleşme teorisinde olduğu gibi doğal haldeki bireylerin bir araya gelip sıfırdan bir sosyal yapı kurgulamasının bir aracı olmaktan daha çok, hâlihazırda varlığı devam etmekte olan ve birbirinden farklılık arz eden kurum ve kuralları olan toplulukların, yeni bir siyasi düzen yaratmak için uzlaşmasının aracıdır<sup>115</sup>.

Bu bağlamda anayasalar toplumların bir arada yaşama vaadi ve isteğinin biçimlendiği metinlerdir<sup>116</sup>. Bu çoğul toplum, genelini ilgilendiren kararların alındığı siyaset alanını anayasa ile tanzim eder. Birbirinden son derece farklı özellikler taşıyan bireylerin özerk alanına yapılacak kamusal müdahalelerin önüne böylece geçilmeye çalışılır<sup>117</sup>. Bu noktada, kamusal olanla özel olanın ayrımının da ancak siyasetle belirlenebileceği argümanı ile anayasalcılık eleştirilmektedir<sup>118</sup>. Bu eleştiri haklılık payı taşımakla beraber, çoğulcu toplumdaki azınlıkların yalnızca siyaset ve bilindik çoğunlukçu demokrasi yöntemleri yoluyla kendilerini koruyamayacakları açıktır. Bu durumda çıkarlar çatıştığı takdirde, sayıca çoğunlukta bulunanın diktatörlüğü söz konusu olabilecektir. Demokratik yöntemlerle anti demokratik kararlar alınabilecektir<sup>119</sup>. Netice olarak anayasaların yalnızca basit çoğunluklarla değiştirememesi bunları anti demokratik yapmaz.

Hakeza, anayasal korumaların mevcudiyeti, siyasi alanla özel alan arasındaki sınırın siyaset yoluyla belirlenmesini de tamamen engellememektedir. Elbette, siyasetin de, toplumsal görüşlerin özgürce ifade edildiği bir forum niteliğinde olduğu takdirde, yargıya karşı çeşitli avantajları söz konusu olabilir<sup>120</sup>. Örneğin ABD’de New Deal döneminde, o devre kadar yargı organlarının sahip olduğu kimi ön kabuller tedricen ortadan kalkmıştır. Bu

<sup>113</sup> Sweet, s. 226.

<sup>114</sup> Sweet, s. 226.

<sup>115</sup> Levy, s. 192.

<sup>116</sup> Anayurt, s. 53-54.

<sup>117</sup> Friedrich, s. 24.

<sup>118</sup> Bellamy/Castiglione, s. 598.

<sup>119</sup> Örneğin, çoğunluk oyuyla azınlığın oy hakkı elinden alınabilir mi? Bu konuda bkz. Alexander (2009), s. 297.

<sup>120</sup> Bellamy/Castiglione, s. 608.

süreçte ortaya çıkan “anayasal engeller<sup>121</sup>” toplumsal uzlaşıyla aşılabılmıştır<sup>122</sup>. Hulasa siyaset, yargının önüne geçerek özel alanla kamusal alanın sınırlarını yine çizmiştir. Yalnızca gereken dar bir çoğunluk değil; toplumda geniş çaplı bir uzlaş olmuştur<sup>123</sup>. Anayasalcılığın çoğulcu toplumda bir arada yaşamı tahkim etme işlevi de ancak böyle ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla anayasa yargısının o gün için yaşadığı bu yenilgi, anayasalcılık için bir zafer olmuştur.

Demokrasinin pratik sonuçlarından birisi olan çoğunluk ilkesine göre<sup>124</sup>, demokrasilerde bir konuda karar alınırken çoğunlukta kalan tarafın dediği olur. Demokrasi, çoğunluğun mutlak hâkimiyeti olarak yorumlandığında anayasalcılıkla derin problemlerin doğması doğaldır. Yine de, yukarıda da bahsettiğimiz şekilde siyasi eşitlik ve özgürlük varsayımına dayanan demokrasilerde, bu eşitliği ve özgürlüğü yok edici kararların çoğunluk tarafından alınarak demokrasinin aşındırılmasını önleyici önlemler öngörülmesi son derece mantıktır<sup>125</sup>.

Dolayısıyla mevzubahis çoğunluğu anayasal kısıtlamalardan ari biçimde kâdir-i mutlak kılma eğilimi, hem çoğunluğun despotizmine<sup>126</sup> yol açma ihtimalinden hem de anayasaların da demokratik çoğunluklar eliyle değişebiliyor olduğu gerçeğinden ötürü temelsiz kalmaktadır. Netice olarak politikanın önünü geniş ölçülerde tıkamayan bir anayasal düzen, demokrasi sürecinin daima mümkün kılmaktan öte bir işlev görmeyecektir.

Öte yandan toplumun farklı kesimleri arasındaki birlikte yaşama sözleşmesi niteliğini taşıyan anayasa, bu kesimlerce uzlaşmalarının o an için mümkün olmadığı hususlara ilişkin soyut ifadeler barındırabilir<sup>127</sup>. Bu gibi soyut ifadelerin anlamlandırılması için anayasal hakem sıfatını haiz olan

<sup>121</sup> Anayasalcılığın ikincillik ilkesi (principe de subsidiarité) gereği, özel alanın kamusal alandan önce gelmesi gerektiğine dair bkz. **Feldman**, s. 496; Kuşkusuz ki bu ilkenin sonuçlarından biri de, kamusal alanla özel alan arasındaki gri bölgede kalan durumlarda özel alanın tercih edilmesi gereğidir.

<sup>122</sup> New Deal anayasalcılığı, common law ön kabullerinden yapılan sapmaları doğal nizamdan ayrılış gören yargı pratiğini tedricen aşmıştır. Burada Supreme Court’un siyasi süreçten etkilenecek görüşlerini değiştirmiş olduğuna dair bkz. **Sunstein, Cass Robert** “Constitutionalism after the New Deal”, Harvard Law Review, C: 101, S: 2, s. 501-502.

<sup>123</sup> New Deal reformlarının mimarı Franklin Delano Roosevelt, ABD tarihinin 4 dönem hizmet etmiş tek başkanıdır. Demokratik seçimlerde ABD halkı tarafından gösterilen geniş tabanlı bu tevecçüh, New Deal reformları yönündeki toplumsal eğilimin göstergesi olmuştur.

<sup>124</sup> Oybirliğinin pratik imkansızlığı karşısında çoğunluk kuralının demokraside kabul gördüğüne dair bkz. **Dahl** (2017), s. 65-66.

<sup>125</sup> **Dahl** (2018), s. 25-26.

<sup>126</sup> **De Tocqueville, Alexis** (2016) Amerika’da Demokrasi, (Çeviren: Sertdemir Özdemir, Seçkin), 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, s. 260.

<sup>127</sup> **Stone**, s. 226.

anayasa yargısı organları da yine anayasa koyucuları tarafından öngörülebilir. Bu noktada seçilme kaygısı güden ve siyasi bir ajandaya sahip olan politikacılaransa, halkın kendisi tarafından yahut temsilcilerince ilgili yetkilerle donatılan<sup>128</sup> bu organlara anayasal problemlerin çözümünde yetki vermenin kategorik olarak demokrasi dışı olduğunu ileri sürmek güçtür<sup>129</sup>. Yine de, hassas olduğu düşünülen bazı konuların, soyut ifadelerle yargısal çözüm yoluna itilmesi, meselelerin çözümünü geciktirebileceği için statükoyu koruyucu bir etkiye sahip olabilecektir<sup>130</sup>. Dolayısıyla bu tip soyut kuralların yoğun şekilde varlığı ve yargı organlarınca etkin şekilde kullanımı, günlük siyasetin faaliyet alanını fazlasıyla daraltıp anayasanın meşruiyetini aşındırıcı niteliğe kavuşabilir<sup>131</sup>.

Demokratik meşruiyet sorununun ortaya çıkışı, anayasal meselelerin çözümünde demokratik kanalların tamamen kapalı tutulmasıyla da mümkün olabilir. Söz gelimi, geniş kapsamlı değişiklik yasakları<sup>132</sup> bu minvalde ele alınabilir.

Anayasanın toplum nazarında meşruiyet krizine girmesi halinde demokratik mekanizmaları çalıştırarak bu talebin karşılanması gerekecektir. Bir kuralın meşruiyet krizi, etkili bir uyuşmazlık çözümü aracı olmaktan çıkmasıyla ortaya çıkar.<sup>133</sup> Bu durumda toplum, demokratik usullerle yeni bir anayasal kurallar seti oluşturabileceği gibi; bu yeni kural seti, anayasanın metni değiştirilmeden toplum tarafından anayasaya yüklenen anlamın değişmesi yoluyla dahi olabilir<sup>134</sup>. Zira yukarıda bahsettiğimiz New Deal döneminde olduğu gibi, anayasal yargıçların iradesinin demokratik çoğunluklar tarafından aşılabildiği de bir gerçektir.

Çoğunluğun desteğine sahip olduğunu ileri süren kontrolsüz bir siyasi elit zümrenin<sup>135</sup> ortaya çıkarak insanlık tecrübesinde çok daha fazla yer kaplayan “tatsız” anılara yol açtığı kuşkusuzdur. Kuşkusuz böyleleri bir ortamda

<sup>128</sup> Alexander, Larry (2011) “What are Constitutions, and What Should (and Can) They Do?”, *Social Philosophy and Policy*, C: 28, S: 1, s. 20.

<sup>129</sup> Sweet, s. 225.

<sup>130</sup> Bellamy/Castiglione, s. 601.

<sup>131</sup> Özbudun (2018), s. 182, “(T)ecrübeler, anayasa yargısı ile toplumun çoğunluğunu temsil eden siyasi güçler arasında derin ve sürekli görüş ayrılıklarının belirmesi halinde, sonuçta anayasanın değiştirilmesi ve anayasa yargısının yetkilerinin kısılanması tehlikesinin söz konusu olabileceğini göstermektedir.”

<sup>132</sup> Değişiklik yasaklarıyla bir asli kurucu iktidarın değerini kısıtlamasının demokratik usuller yerine şiddet yolunu açacağına dair bkz. Teziç, s. 206.

<sup>133</sup> Alexander (2009), s. 289.

<sup>134</sup> Alexander (2011), s. 22-23.

<sup>135</sup> İktidarın belli ellerde yoğunlaşmasının, özgürlük ve mutluluğa anarşi durumundan dahi daha çok zarar verme potansiyelinin tarihsel olarak Nazi Almanyası, Maoist Çin ve Sovyet Rusyası örnekleriyle gözler önüne serildiği yönünde bkz. Zakaria, s. 32.

da, ne siyasi eşitliğin ne de özgürlük ve birey özerkliğinin<sup>136</sup> korunacağı söylenebilir. Bir uzlaşma belgesi olarak katı anayasa, kısa vadeli siyasi çıkarlar uğruna oy hakkı, ifade hürriyeti gibi demokrasi için vazgeçilmez sayılan hususları koruma işlevini görebilecektir<sup>137</sup>.

Bu noktada "...bir ulusun politik hayatındaki büyük bir geçişin sembolik bir nişanı olan..."<sup>138</sup> anayasa, politikacıların fayda-maliyet analizinde göze alınması zor bir maliyet olarak karşısına dikilmektedir<sup>139</sup>. Elbette anayasadan vazgeçmenin maliyetli olması için, toplumun bu anayasaya bir değer atfetmesi gereklidir.

Anayasallık ve demokrasi arasındaki ilişki, satranç teşbihi ile Tremblay tarafından son derece ilginç bir şekilde anlatılmıştır: "(S)atrancın kurallarının, örneğin, kale, fil, piyonlar veya atların nasıl hareket etmesi gerektiğine dair kuralların; kalenin çapraz, filin düz, piyonların her yönde, atların beş kare atlayarak hareket etme özgürlüğünü kısıtladığını düşünmek haksızlık olurdu. Bu kurallar; kalenin, filin yahut piyonların egemenliğini kısıtlamaz. Satrancı kısıtlamazlar; bizatihi satrancın kendisidirler"<sup>140</sup>.

### C. İLLİBERAL DEMOKRASİ VE ANAYASALCILIK

İktidarın anayasal kurallarla sınırlandığı, hatta bu anayasal kuralların anayasa yargısı organları tarafından dikkatle korunmasının öngörüldüğü sistemlerde dahi siyasi iktidar kontrolden çıkabilmekte; otoriteleşme eğilimleri gösterebilmektedir. Anayasa yargısı organlarının son derece güçlü olduğu Polonya ve Macaristan gibi ülkelerde illiberal demokrasi<sup>141</sup> kavramı çerçevesinde yeni bir tür 21'inci yüzyıl otoriterliği şekillenmektedir<sup>142</sup>.

<sup>136</sup> Zakaria, s.30.

<sup>137</sup> Alexander (2009), s. 292.

<sup>138</sup> "... a symbolic marker of a great transition in the political life of a nation." Ackerman, Bruce (1997) 'The Rise of World Constitutionalism', Virginia Law Review, Faculty Scholarship Series Paper No: 129, s. 778.

<sup>139</sup> Ackerman, s. 779.

<sup>140</sup> "(O)n aurait tort de penser que ses règles du jeu d'échec, par exemple, qui déterminent comment la tour, le fou, les pions ou les cavaliers doivent agir, <<limitent>> la liberté de la tour d'avancer en diagonale, celle du fou de se déplacer verticalement, celles de pions d'aller dans tous les sens ou de cavaliers de sauter cinq cases à la fois. Ces règles ne limitent pas la <<souveraineté>> de la tour, du fou ou des pions. Elles ne limitent pas le jeu d'échec : elles <<sont>> le jeu d'échec." Tremblay, s. 602.

<sup>141</sup> İlliberal demokrasinin; medeni ve siyasi hakların korunmadığı, temsilî organların seçimlerinin çoğu kez özgür ve adil bir ortamda yapılmadığı bir siyasi düzeni ifade ettiğine ve liberal demokrasi yönünde olgunlaşmaktan ziyade illiberal niteliklerinin yoğunlaştığına dair bkz. Zakaria, s. 23-24.

<sup>142</sup> Bu ülkeler 1990'larda liberal demokrasiye yönelen ülkeler olarak örnek gösterilmiştir bkz. Zakaria, s. 33-34; Anayasa mahkemeleri de son derece güçlü olarak görülmekteydi bkz. Stone, s. 235; Bugün ise hem Polonya hem de Macaristan, illiberal demokrasinin Orta Avrupa'daki kaleleri olarak görülmektedir, bu konuda bkz. Mink, Georges (2016) "L'Europe centrale à l'épreuve de l'autoritarisme", Politique étrangère, S: 2, s. 93; Bu noktada Macaristan'da Anayasa Mahkemesi'nin, üye kompozisyonu Viktor Orban tarafından değiştirilerek

1990'larda teorize edilen illiberal demokrasinin bugün bütün dünyada yükselen bir eğilim ve olumsuz bir örnek olarak görülmesi, anayasal güvencelerden yoksun bir demokrasinin ne ölçüde demokratik niteliğini koruyabileceğinin en önemli göstergesidir. Zira bu "demokrasilerin" en yaygın özelliklerinden birisi, siyasi iktidar üzerinde hiçbir kurumsal sınırlamanın olmayışıdır<sup>143</sup>.

Öte yandan dikkatlice düzenlenmiş anayasal kuralların ve anayasa yargısının varlığına rağmen ortaya çıkan illiberal eğilimler, anayasal güvencelerin de siyasal toplum üzerindeki etkisinin büyüklüğüne dair soru işaretlerini ortaya çıkarmaktadır<sup>144</sup>. Demokrasinin ve onu çerçeveleyen anayasal kuralların yalnızca birbirini dengeleyen devlet organlarına bırakılması değil, topluma ve bireylere "emanet ve tevdi olunması"<sup>145</sup> asıl güvenceyi teşkil edecektir.

## SONUÇ

Bir ideal olarak demokrasi, halkın halk tarafından yönetimi; yöneticiyle yönetilenin birleştiği idare tarzı olarak görülebilirse de uygulamada gerçeklikle ideal arasında farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Bu durum, demokrasinin ilk örneklerinden biri olarak görülen Atina Demokrasisinde dahi gözlemlenebilir. Gerek seçmen sıfatının çok az insanın sahip olabildiği bir ayrıcalık, gerekse de Atina'da dahi sözü geçen bazı politikacıların kendilerini temsilci benzeri bir konuma getirecek şekilde kamuoyunu yönlendirebiliyor oluşu demokrasi uygulamasının ilk andan itibaren idealden saptığını göstermektedir.

Günümüz demokrasisiye, ulus devletler çağının da bir gereği olarak, temsil kurumuyla yoğrulmuştur. Temsil, hem pratik hayatın, hem de demokrasiyi ideal bir yönetim tarzı olarak gündeme getiren burjuva çıkarlarının gereği olarak kabul edildi. Böylece iktidarı mutlak kralların elinden alan

---

pasifize edildiğine dair bkz. **Mink**, s. 94-95; Polonya'da ise Anayasa Mahkemesi ve hükümet arasında gergin bir ilişki olduğuna dair bkz. **Mink**, s. 96.

<sup>143</sup> **Zakaria**, s. 33-34.

<sup>144</sup> Anayasal güvencelerin, otoriterliğe giden yolda ancak yavaşlatıcı bir etkiye sahip olabileceğine ve yargısal gücün otoriterleşme arttıkça eriyebileceğine dair bkz. **Ginsburg, Tom/Huq Aziz Z./Versteeg Milla** (2018) "The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?", *The University of Chicago Law Review*, C: 85, S: 2, s. 252-253.

<sup>145</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Başlangıç bölümünün son paragrafından alınmıştır.

burjuvazi, bunu halk yığınlarıyla paylaşmaktan da kurtuldu. Bu noktada ortaya atılan millet egemenliği teorisi de temsil kurumunu güçlendirdi. Bu teoriye göre egemen sıfatını haiz olan millet, bugün ülke sınırları içinde yaşayan halkı kapsadığı gibi, geçmişte yaşamış ve gelecekte yaşayacak olanları da içine alır. Bu bakımdan millet, halkın bütününden ayrı bir soyut varlıktır. Bu soyut varlığın iradesiniyse seçimler yoluyla belirlenen temsilciler ortaya koyar. Bu teori, egemenliği ülkede yaşayan insanların ortak hisselerinin toplamı olarak gören halk egemenliği teorisince eleştirilmiştir. Halk egemenliği teorisi sayesinde genel oy gibi günümüz demokrasisinde vazgeçilmez görülen bazı kurumlar uygulamaya geçmiştir. Öte yandan, halk egemenliği teorisinin “fikir babası” sayılabilecek Jean-Jacques Rousseau dahi yazılarında bir ehven-i şer olarak vekâlet kurumuna yer vermiştir.

Anayasalcılıksa, demokrasiden bağımsız olarak gelişmiştir. Demokrasi, iktidarın kullanıcılarıyla ilgilenirken anayasalcılık, kullanılacak iktidarın sınırlarını takdir etmekle ilgilidir. Tarihsel köken bağlamında anayasalcılık ve Aristo'nun politeia'sı arasında amaçsal bir bağlantı kurmak mümkün gözükmemektedir. Buna mukabil, Ortaçağ'daki özgür şehir beratlarının siyasi iktidarı kısıtlayıcı boyutu sebebiyle bir Ortaçağ anayasalcılığından bahsedilebileceği kabul edilmektedir. Dahası kralın, tanrısal bir niteliği haiz olsa da, hukukla bağlı olduğunun kabulü, modern anayasalcı düşünceye giden yolda döşenen bir taş olarak ele alınabilir.

Modern anayasalcılıksa, egemenin hukukunun kısıtlanmasında tanrısal buyruğa değil, seküler bir doğal hukuk yaklaşımına başvurmuştur. Aydınlanma Çağı'nın filozoflarından John Locke ve Montesquieu, hakların korunmasının yöntemi olarak kuvvetler ayrılığını işaret etmektedir. John Locke'un yasama-yürütme-federatif kuvvetler ayrımı yerine kabul edilen Montesquieu'nün yasama-yürütme-yargı ayrımı, mevzubahis farklı fonksiyonların farklı kişi ve organların eline verilmesi gerektiğine, böylece tiranlığın önlenebileceğine yöneliktir. Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı teorisi, Amerikan kurucularını etkilemiş ve Amerikan tipi başkanlık sistemiyle uygulamaya geçirilmiştir.

Çağdaş anayasalcılığın kuvvetler ayrılığıyla katı anayasalara ve anayasallık denetimine dayandığı ileri sürülebilir. Her ne kadar yazılı ve katı anayasaların sınırlı iktidarın doğrudan bir varlık şartı olduğunu ileri sürmek güç



olsa da, bunlardan mahrum bir anayasal sistemin istisnai şartları altında ortaya çıkabileceğinin kabulü gereklidir. Bu noktada anayasallık denetiminde tedricen benimsenen hak ve özgürlükleri koruma işlevi de anayasalcılık için yeni bir boyut oluşturmuştur. Nihayet temel hak ve özgürlüklerin korunmasının giderek daha fazla uluslararasılaşması, anayasalcılık açısından da çeşitli tartışmalara yol açmıştır.

Biri iktidarın kullanımı, ötekisiyse sınırlandırılmasıyla ilgilenen demokrasi ve anayasalcılık arasındaki ilişkiyse kimi zaman bir çatışma olarak gözükmiştir. İki kavram arasındaki ilişkinin çatışma olarak ele anılabilmesi için, mutlak egemen olarak kabul edilen halkın ve onun temsilcilerinin daha önceki nesillerin getirdiği kurullarla gayrimeşru olarak sınırlandırıldığı fikrinin kabulü gerekmektedir.

Bu görüş, çeşitli açılardan eleştirilebilir. Birincisi halkın, eğer kâdir-i mutlak bir egemense, bir anayasa koymaya da muktedir olduğunun mantıken kabul edilebilir olduğu gereğidir. Bu önermenin kabulü halinde elde iki seçenek kalır. Ya her nesilde anayasa yeniden ele alınacaktır ya da anayasalarda demokratik usullerle değişiklik yapma kanalları açık bırakılacaktır. Mesele, bu ikisinden hangisinin yerinde olduğudur. Bu durumda bizim de katıldığımız görüşe göre ikincisi daha yerindedir. Öte yandan, demokrasi de basit bir idare tarzı olmasının ötesinde çeşitli değerlere yaslanmaktadır. Bu değerler, siyasi eşitlik ve özgürlük olarak iki başlık altında ele alınabilir. Siyasi eşitliğin ve özgürlüğün kişi ve grup çıkarlarını ilerletmek adına çoğunluklar ve/veya siyasi elitlerce zedelenmesini önleyici önlemler alınması pratik bir ihtiyaç olarak ortaya çıkar. Bu noktada anayasal olmayan rejimlerin demokratik niteliğini koruyamayacağı kabul edilmektedir.

Öte yandan anayasalcılık, toplumun bir birlikte yaşam sözleşmesi olarak siyaset alanını tanzim etmektedir. Bu durum, siyasi bazı meselelerin hukuki alana taşınması ve demokratik yöntemlere ek olarak yargıçlar eliyle çözümü de öngörmesi nedeniyle eleştirilebilmektedir. Elbette politik alanın fazlaca daraltılması, demokrasinin zedelenmesi anlamına gelebilirse de, hem anayasaların demokratik yollarla değiştirilebilir hem de siyasetin hâlâ hukuki alanda belirleyici nitelik taşıyabilir oluşundan ötürü anayasalcılığı kategorik olarak demokrasi dışı bulmak güçtür. Halbuki farklı toplumsal kesimlerin uzlaştırılması yoluyla uyumlu ve istikrarlı bir demokratik idareyi müm-

kün kılan anayasalcılığın kendisidir. Üstüne üstlük, anayasalar çoğu kez, güçlü demokratik çoğunluklarla kabul edilmekte ve demokratik meşruiyet taşımaktadırlar.

Netice olarak, demokrasi ve anayasalcılık, farklı düşünsel kaynaklardan beslenmekte ve farklı amaçlara yönelmektedir. Bu farklılıklara rağmen her iki kavramın da iyi ve ideal yönetimle ilgilenmesi, bir teması kaçınılmaz kılmaktadır. Bu temas, anayasalcılığın, kaynağı ne olursa olsun iktidarın sınırlanması ideali ekseninde bir çatışmaya dönüşüyor gibi görülebilmektedir. Halbuki anayasalcılığın hak ve özgürlükleri koruyucu işlevi, demokrasinin varlık öncesi ihtiyaçları olan özgürlük ve eşitliği de garanti altına alabilmektedir. Anayasal sistemlerin sahip olacakları demokratik meşruiyetse, bunların devamlılığını ve etkinliğini sağlamaktadır. Dolayısıyla sivil topluma duyarlı, esnek bir anayasal sistemle demokrasi çatışmaktan ziyade birbirinin devamlılığını sağlar.

Bu konuda değinilmesi gereken son husus, illiberal demokrasi kavramıdır. İlliberal demokrasi, kurumsal güvencelerden yoksun otoriter idarelerin 21'inci yüzyıla özgü halidir. Anayasalcılık ve illiberal demokrasi hakkında iki hususa değinilebilir. Birincisi, anayasalcılığın güvencelerinden yoksun "demokratik" bir rejimin ne derecede mümkün yahut arzu edilir nitelikte olduğunun illiberal demokrasilerin varlığı yoluyla ortaya konduğudur. İkincisi, güvence mekanizmalarıyla donatılmış bir anayasalcılığın dahi otoriterleşme eğilimlerinin tek başına önüne geçmesinin ne derecede mümkün olduğunun tartışmaya açılabileceğidir. Bu noktada, anayasalcılığın da demokrasi kurallarının da uygulanabilirliğinin ancak toplumların bu yöndeki iradesiyle mümkün olduğunun kabulü gereklidir.

## KAYNAKÇA

- Ackerman, Bruce** (1997) "The Rise of World Constitutionalism", Virginia Law Review, Faculty Scholarship Series Paper No: 129, s. 771-797.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali** (2010) Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği, 2. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları.
- Alexander, Larry** 'Constitutionalism', Christiano, Thomas/Christman, Jon (Editörler) (2009) Contemporary Debates in Political Philosophy, 1. Baskı, Malden, MA, Wiley-Blackwell, s. 283-299.
- Alexander, Larry** (2011) "What are Constitutions, and What Should (and Can) They Do?", Social Philosophy and Policy, C: 28, S: 1, s. 1-24.
- Anayurt, Ömer** (2018) Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Aristoteles** (2017) Politika (Çeviren: Akderin, Furkan), 3. Baskı, İstanbul, Say Yayınları.
- Bellamy, Richard/Castiglione, Dario** (1997) "Constitutionalism and Democracy - Political Theory and the American Constitution", British Journal of Political Science, C: 27, S: 4, s. 595-618.
- Crouch, Colin** (2016) Post- Demokrasi, (Çeviren: Zeybekoğlu, A. Emre), 1. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları.
- Dahl, Robert A.** (2017) Demokrasi Üzerine (Çeviren: Betül Kadioğlu), 4. Baskı, Ankara, Phoenix Yayınevi.
- De Tocqueville, Alexis** (2012) Amerika'da Demokrasi, (Çeviren: Sertdemir Özdemir, Seçkin) İstanbul, İletişim Yayınları.
- Erdoğan, Mustafa** (2017) Anayasal Demokrasi, 13. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi.
- Feldman, Jean-Philippe** (2010) "La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques" Revue française de droit constitutionnel, C: 83, S: 3, s. 483-496.
- Friedrich, Carl** (2014) Sınırlı Devlet, (Çeviren: Turhan, Mehmet) 2. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları.
- Fukuyama, Francis** (2001) "Natural Rights and Human History", The National Interest, S: 64, s. 19-30.
- Ginsburg, Tom/Huq Aziz Z./Versteeg Mila** (2018) "The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?", The University of Chicago Law Review, C: 85, S: 2, s. 239-255.
- Gosseries, Axel P.** (2008) "Constitutions and Future Generations", The Good Society, C: 17, S: 2, s. 32-37.

- Gönenç, Levent** “Ortaçağ Avrupası’nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri”, Yazıcı, Serap/Gözler, Kemal/Göztepe, Ece (Editörler) (2008) Ergun Özbudun’a Armağan Cilt II, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 267-291.
- Gözler, Kemal** (2011) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II, 1. Baskı, Bursa Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözler, Kemal** (1999) Anayasa Hukukunun Metodolojisi 1. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları.
- Gözler, Kemal** (2009) İdare Hukuku Cilt I, 2. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları.
- Gözler, Kemal** (2018) Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Huberman, Leo** (2014), Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla, (Çeviren: Belge, Murat), 15. Baskı İstanbul, İletişim Yayınları.
- Jobart, Jean-Charles** (2006) “La Notion de Constitution chez Aristote”, Revue française de droit constitutionnel, C: 65, S: 1, s. 97-143.
- Katyal, Neal K.** (2001) “Legislative Constitutional Interpretation”, Duke Law Journal, C: 50, S: 1, s. 1335-1394.
- Kelsen, Hans** (2019) Demokrasi: Doğası & Değeri, (Çeviren: Uysal, Yasin), 1. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları.
- Levy, Jacob T.** (2009) “Not so Novus an Ordo Constitutions Without Social Contracts”, Political Theory, C: 37, S: 2, s. 191-217.
- Levy, Jacob T.** “Montesquieu’s Constitutional Legacies”, Kingston, Rebecca E. (Editör) Montesquieu and His Legacy (2009), 1. Baskı, State University of New York Press, New York, s. 115-138.
- Lijphart, Arend** (Tarihsiz Baskı) Çağdaş Demokrasiler, (Çeviren: Özbudun, Ergun/Onulduran, Ersin), Ankara, Yetkin Yayınları.
- Madison, James** “Federalist No. 48”, Carey, George W./McClellan (Editörler) (2001) The Federalist, 2. Baskı, Indiana, Liberty Fund, s. 256-260.
- Madison, James** “Federalist No. 51”, Carey, George W./McClellan (Editörler) (2001) The Federalist, 2. Baskı, Indiana, Liberty Fund, s. 267-272.
- Mink, Georges** (2016) “L’Europe centrale à l’épreuve de l’authoritarisme”, Politique étrangère, S: 2, s. 89-101.
- Montesquieu** (2017) Kanunların Ruhu Üzerine (Çeviren: Günen, Berna), 2. Baskı, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları.
- Ober, Josiah** (1993) “Public Speech and the Power of the People in Democratic Athens”, Political Science and Politics, C: 26, S: 3, s. 481-486.
- Özbudun, Ergun** (2017) Anayasalcılık ve Demokrasi, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

- Özbudun, Ergun** (2018) Türk Anayasa Hukuku, 18. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Post, Robert** (2005) "Democracy and Equality", Law, Culture and the Humanities, C: 1, S: 2, s. 142-153.
- Rancière, Jacques** (2018) Nasıl Bir Zamanda Yaşıyoruz?, (Çeviren: Erşen, Murat), 1. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları.
- Rousseau, Jean-Jacques** (2013) Toplum Sözleşmesi (Çeviren: Vedat Günyol), 10. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Sartori, Giovanni** (1962) "Constitutionalism: A Preliminary Discussion" The American Science Review, C: 56, S: 4, s. 853-864.
- Sunstein, Cass Robert** "Constitutionalism after the New Deal", Harvard Law Review, C: 101, S: 2, s. 421-510.
- Sweet, Alec Stone** (2008) "Constitutionalism, Rights, and Judicial Power", Faculty Scholarship Series, Paper: 77, s. 218-239.
- Teziç, Erdoğan** (2017) Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 21. Baskı, İstanbul, Beta.
- Tremblay, Luc B.** (2011) "Deux thèses sur la démocratie et le constitutionnalisme : la souveraineté du peuple et l'engagement préalable", Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, C: 41, S: 3, s. 583-605.
- Turhan Mehmet** (2004) Anayasal Devlet, 3. Baskı, Ankara, Naturel Yayınları.
- Turhan, Mehmet** (2000) Siyasal Elitler, 2. Baskı, Ankara, Gündoğan Yayınları.
- Tushnet, Mark** (2003) "Forms of Judicial Review As Expressions of Constitutional Patriotism", Law and Philosophy, S: 22, s. 353-379.
- Türe, İlknur** (2016) Yeni Anayasacılık Neoliberalizmin Hukuku, 1. Baskı, Pinar Yayınları, İstanbul.
- Uygun, Oktay** (2017) Demokrasi, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Waldron, Jeremy** (2012) "Constitutionalism: A Skeptical View", NYU School of Law, Public Law Research Paper No: 10-87, s. 30.
- Waldron, Jeremy** (1999) Law and Disagreement, 1. Baskı, Oxford University Press, New York, s. 1-45.
- Zakaria, Fareed** (1997) "The Rise of Illiberal Democracy", Foreign Affairs, C: 76, S: 6, s. 22-43.

### İnternet Kaynakları

- Dalberg-Acton, Jon**, Online Library of Liberty, "Acton-Creighton Correspondance", <[https://oll.libertyfund.org/titles/acton-acton-creighton-correspondance#lf1524\\_label\\_010](https://oll.libertyfund.org/titles/acton-acton-creighton-correspondance#lf1524_label_010)> s.e.t. 18.03.2019.

**Lincoln, Abraham**, Cornell University Rare and Manuscript Collections, “The Gettysburg Address”, <[http://rmc.library.cornell.edu/gettysburg/good\\_cause/transcript.htm](http://rmc.library.cornell.edu/gettysburg/good_cause/transcript.htm)>, s.e.t. 19.03.2019.

**Merriam-Webster Online Dictionary**, <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/constitute#etymology>> s.e.t. 12.06.2019.

**Jefferson, Thomas**, The Papers of Thomas Jefferson, “Thomas Jefferson to James Madison”, <<https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/thomas-jefferson-james-madison>> s.e.t. 18.03.2019.

**United States Congress**, America’s Founding Documents, “Declaration of Independence Transcript”, <<https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>> s.e.t. 24.03.2019.

## TÜRK HUKUK TARİHİ AÇISINDAN KUL SİSTEMİ

Arş. Gör. Abdullah Vefa KARATAŞ\*

### ÖZET

Hukuk tarihi ilkeleri dikkate alınarak yapılan bu çalışmada, Osmanlı Devleti'nin önemli kurumlarından biri olarak kabul edilen kul sistemi incelenmiştir. Çalışmada literatürden, şer'iyeye sicil kayıtlarından, mühimme defterlerinden ve Osmanlı dönemine ait Kanunnamelerden yararlanılmıştır. Gerek Türk gerek yabancı literatürde “devşirme” konusunu içeren eserler bulunsa da, ortaya koyduğumuz çalışmada “kul sistemi” üzerinde durulmuş; meselelerin yalnızca askeri boyutu ve sonuçları değil, idari yönü ve etkileri de incelenmiştir. Ayrıca sistemin ortaya çıkışından işleyişine, olumlu ve olumsuz yönlerinden Osmanlı Devleti için nasıl bir değere sahip olduğuna kadar kapsamlı bir araştırma yapılmaya çalışılmıştır. Bunların dışında kul sisteminin İslam hukukuna aykırı olup olmadığı, “zimmilik” ve “kölelik” başlıkları altında ayrıntılı olarak araştırılmış ve literatürdeki tezler incelenerek yeni birtakım bulgular ortaya konulmuştur. Kul sistemi, Osmanlı ordu teşkilatı ve idari örgütünde çok mühim bir yere sahiptir. Ancak sistemin İslam hukukuyla, özellikle zimmilik anlaşması ile örtüşmeyen tarafları olduğu görülebilmektedir. Kul sisteminin bir kölelik modeli olmadığı; Osmanlı'ya has bir kurum olduğu anlaşılmaktadır. Kulun bazı durumlarda köleden daha aşağı, bazı halde hür ile köle arasında ve bazen hür bir vatandaştan daha üstün bir konumda bulunduğu ifade edilebilir. Kul sistemi günümüzün değil; yürürlükte olduğu dönemin toplumsal ve hukuki yapısı içerisinde değerlendirilmeye çalışılmıştır. İnsanı eğitime ve devlet hizmetine sunma usulü olarak Osmanlı Devleti'nde uzun yıllar başvurulan kul sisteminden hareketle bugün için söylenecek şudur: Yönetici kadrolara ve hatta devlet kurumlarına alınacak görevlilerin seçiminde özenli ve titiz bir yöntemin benimsenmesi gerekir; ancak bunu yaparken hukuk sınırları içinde kalınmalı ve çıkabilecek hak ihlalleri en az seviyeye indirilmelidir.

**Anahtar Kelimeler:** Kul Sistemi, Devşirme, Osmanlı Hukuku, Zimmi, Kölelik.

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, akaratas@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5026-6286 (Geliş Tarihi: 02.07.2019 - Kabul Tarihi: 23.09.2019).

## KUL SYSTEM IN TURKISH LEGAL HISTORY

### ABSTRACT

In this study, taking into account the historical principles of law, the kul system, which is considered as one of the important institutions of the Ottoman Empire, is examined. In the study, literature, Ottoman Judges (Qadı) records, state archives records and Ottoman Decree Law were used. Although there are a lot of works in Turkish and foreign literature that contain the subject of devshirme, in our study, “kul system” was emphasized; not only the military dimension and consequences, but also the administrative aspect and effects of the issue were examined. In addition, a comprehensive research has been carried out from the emergence of the system to its functioning, from its positive and negative aspects to its value for the Ottoman state. In addition those, whether the kul system is contrary to Islamic law were examined in detail under the headings of “dhimmitude” and “slavery”, and a number of new findings have been put forward by examining the theses in the literature. The kul system has a very important place in the Ottoman army organization and administrative organization. However, it can be seen that there are parties in the Islamic law that do not overlap with the “dhimmitude agreement”. It is understood that the kul system is not a model of slavery, it is indeed a unique instution to Ottoman Empire. It is concluded that “kul” is in a lower position than the slave, in some cases between the free and the slave and sometimes superior to a free citizen. Kul system is tried to be evaluated within the social and legal structure of the period in which it is in force, not today. The Ottoman Empire used the kul system for many years as a method of presenting people to education and service to the state, it should be mentioned that a careful and rigorous method should be adopted in the selection of officials to be recruited to administrative staff and even to state institutions, however, in doing so, it must be kept within the legal limits and any rights violations should be minimized.

**Keywords:** Kul System, Devshirme, Ottoman Law, Dhimmi, Slavery.



## GİRİŞ

Devletin en önemli karakteristik özelliklerinden biri, teşkilatlı bir yapı olmasıdır. Her devlet teşkilatının içerisinde idari işleyişi sağlayan kurum, kuruluş ve sistemler mevcuttur. Osmanlı Devleti'nin de yönetsel anlamda kullandığı birtakım müesseseler söz konusu olmuştur. Osmanlı Devlet teşkilatı, merkez ve taşra olmak üzere ikiye ayrılmış; her ikisi de bünyelerinde kendi kurumlarını barındırmıştır. Merkez teşkilatının en önemli birimlerini uzun süre padişah ve Divan-ı Hümayun; taşra teşkilatının ise eyalet, sancak, kaza ve nahiyeler oluşturmuştur. Bu birimlerde çeşitli görevlerde çalışan çok sayıda personel vardır. Sarayda padişahın yanında, ona devlet işlerinde ve / veya özel işlerinde yardımcı olan hizmetliler bulunur. Divan'da veziriazam, kubbealtı veziri, nişancı, defterdar gibi asli görevlilerin yanı sıra divan işlerine yardımcı olan ve idari işleyişi sağlayan reisülküttap ve altındaki kalem personeli mevcuttur. Merkeze bağlı olan ve onunla uyumlu olarak çalışan taşra teşkilatının personelleri de yine merkezden atanmıştır. Eyaletlerde beylerbeyleri, sancaklarda sancakbeyi, kazalarda kadılar taşra birimlerinin başı olarak çalışmışlardır. Eyalet ve sancaklarda, Divanı Hümayun'a benzer şekilde teşekkül eden ve işleyen paşa divanları söz konusu olmuş ve bu divanlarda yine oradakine benzer nitelikte kimseler görev almıştır. Her taşra biriminin altında yine çeşitli görevlerde çalışan memurlar bulunmuştur. Merkez ve taşra birimlerinde duyulan bu personel ihtiyacının giderilmesi, merkez ve taşra arasındaki ilişkinin ve personel ağının sağlanması için başvurulan yöntemler vardır. Kul sistemi de esasında bu ihtiyaçları gidermek için ortaya çıkmış bir kurumdur. Kul sistemi, askeri ve idari yönleri olan bir düzendir. Söz konusu sistem, Osmanlı devlet yönetiminin birçok alanına tesir etmiş ve devletin temel kurumlarından biridir. Sistemin çok boyutlu bir yapısının olmasından dolayı araştırma yapılacak sahası geniştir.

Kul sisteminin hukuk tarihi açısından önemi, en başta Osmanlı devlet teşkilatı için belli bir dönemden itibaren vazgeçilmez bir kurum olmasıdır. Öyle ki bu sistem Osmanlı Devleti'nin hem ordu hem de idari teşkilatıyla alakalı bir müessesedir.

Bunun dışında Osmanlı hukuku, genel itibariyle şer'i hukuk ve örfi hukuk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Osmanlı Devleti'ndeki her hukuki müessesenin mutlaka şer'i hukuk ve örfi hukuk ile ilişkisi çalışılmalıdır; kul sistemine de bu açıdan bakmak gerekir. Şer'i hukuk İslam hukuku anlamına gelirken; örfi hukuk ulul'emrin sınırlı yasama yetkisi altında koyduğu kurallar

bütünü olarak tanımlanabilir. Buradaki sınırlı yasama yetkisinden kasıt, örfi hukuk ile şer'i hukuka aykırı bir düzenleme getirilemeyeceğidir. Kul sistemi de, örfi hukuk düzenlemesi ile oluşturulan bir kurumdur. Bu açıdan kul sisteminin İslam hukukuna aykırı olup olmadığı, üzerinde durulması gereken en mühim meselelerden biridir. Mevzuya örfi hukuk açısından bakılmasında da yarar vardır, zira düzenlemeler bu alanla ilişkilendirilmiştir. Bu açıdan Osmanlı örfi hukuk anlayışı içerisinde bir değerlendirme de yapılmalıdır.

Belirli bir düzen içerisinde gayrimüslim çocuk veya gençlerin devşirildiği bu sistemin, kendine has birçok özelliği bulunmaktadır. Devşirme işleminin yapılmasından devşirilen çocukların eğitilmesine, gençlerin istihdam edildiği işlerden sahip oldukları hak ve yükümlülükler kadar kul sisteminin birçok alanında ilkeler ve düzenlemeler mevcuttur. Bu bağlamda sistemin özellikleri ve ilkeleri tahlil edilmeye değer niteliktedir.

Kul ve devşirme sistemine ilişkin daha önce yapılan çalışmalar mevcuttur. Bu çalışmayı yapmamızın sebebi hukuk tarihini son derece ilgilendiren bu kurum hakkında hukuki değerlendirmelerin yoksunluğudur. Kul sisteminin hukuki alt yapısı ve hukuki tahlili çalışmamızı özgün kılacak yönler olacaktır. Tek bir açıdan değil; tüm durumlar tahlil edilerek kul sisteminin İslam Osmanlı hukukundaki yerinin anlatılması hedeflenmektedir.

Osmanlı Devleti'nin temel kurumlarından biri olan kul sistemi şüphesiz bir anda ortaya çıkmamıştır. Bu nedenle öncelikle çalışmada kul sisteminin köklerinin nereye dayandığı ve hangi ihtiyaca binaen oluşturulduğu incelenmeye çalışılacaktır. Daha sonra sistemin ne anlama geldiği, kendinden önceki uygulamayla benzer ve farklı yönlerinin ne olduğu ve bu sistemin hangi amaçlarla getirildiği konuları üzerinde durulacaktır. Ayrıca kul sisteminde izlenen usulün ne olduğu ve kul olacak kişilerde hangi özelliklerin arandığı sorularına cevap verilmeye çalışılacaktır. Bunun dışında çalışmada kul olan kimselere verilen hak ve yetkilerin neler olduğu ve onlara hangi kısıtlamalar getirildiği anlatılacaktır. Sistemin İslam hukukuna uygun olup olmadığı zimmilik ve kölelik kurumları açısından ayrı ayrı değerlendirilmeye tabi tutulacaktır. Son olarak sistemin uygulanması sırasında karşılaşılan güçlüklerin ve aksaklıkların neler olduğu tahlil edilmeye çalışılacaktır.

## I. OSMANLI HUKUKUNDA KUL SİSTEMİ ÖNCESİNDEKİ UYGULAMA ( PENÇİK SİSTEMİ )

Osmanlı Devleti'nin kuruluş aşamasında devlet yönetiminde daha çok Müslüman Türk ailelerinden oluşan bir yapı etkili olmuştur. Örneğin Çandarlı ailesi bunların en önemlilerden biridir. Bu kimseler yönetimde söz sahibi oldukları için ordu sisteminin belirlenmesinde de önemli rol oynamışlardır. I. Murad devrinde (1359-1389) kazasker olarak görev yapan Çandarlı Kara Halil Paşa diğer tüm ganimetler gibi akınlarda ele geçirilen savaş esirlerinin beşte birinin devlet hazinesi tarafından alınması gerektiğini önermiştir. Böylece Osmanlı hanedanının doğrudan yönetimi ve denetimi altında yeni bir ordu “pençik” adı verilen bu vergilerle meydana getirilmiştir<sup>1</sup>.

Osmanlı Devleti'nin kuruluş yıllarında pençik uygulanmamış; savaşlar sonucunda ele geçen diğer ganimetler gibi esirler de gazilere taksim edilmiştir. Gaziler, hisselerine düşen esirleri, İslâm hukuku kuralları çerçevesinde istedikleri şekilde istihdam edebilmiştir. Bu bağlamda pençik uygulamasına geçildikten sonra söz konusu vergi, gazilerden kolay bir şekilde alınamamış; muhtemelen zorla ya da bağımsız olmaya çalışanlara karşı verilen bir ceza olarak alınmıştır<sup>2</sup>. Böylece I. Murat pençik sistemiyle merkezi otoriteyi güçlendirmek ve buyruğu altında, düzenli ve tamamen kendine bağlı bir askeri güç oluşturmak istemiş ve neticesinde uçlarda feodal yaşam süren beylere karşı mutlak egemenlik sağlamak ve bu eski gazi ailelerinin gücünü kırma amacı gütmüştür<sup>3</sup>.

Farsçada “beş” anlamına gelen “penç” ile “bir” manasına gelen “yek”in birleşmesiyle oluşan “pençik” kelimesinin sözlük anlamı “*beşte bir*”dir<sup>4</sup>. Bu bağlamda sözlük manasına uygun şekilde pençik usulü, savaşlardan ele geçirilen gayrimüslim genç savaş esirlerinden askerlikte kullanılmak üzere devletçe beşte birinin alınması demektir. Pençik, her beş esirden biri; eğer esir beş değilse değerinin beşte biri olarak toplanmıştır<sup>5</sup>. Pençik yöntemiyle bu esirler Müslümanlaştırıldıktan sonra belli bir eğitimin geçirilerek askere alınmıştır. Pençik sisteminin işlemesi için “Acemi Ocağı” kurulmuş; buradaki askerlere ise “Acemi Oğlanı” denilmiştir. Savaşlarda esir alınarak devşirilen kimseler, millet ve meslek itibarıyla Türk-İslam unsurlarına yabancı oldukları için onlara “acemi” denmiştir<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> **Kafadar, Cemal** (2010) İki Cihan Âresinde, (Çeviren: Çıkm, Ceren), 1. Baskı, Ankara, Birleşik Yayınevi, s. 172.

<sup>2</sup> **Kafadar**, s. 173.

<sup>3</sup> **Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal** (2015) Türk Hukuk Tarihi, 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 207.

<sup>4</sup> **Doğan, D. Mehmet** (2008) Büyük Türkçe Sözlük, 20. Baskı, İstanbul, Pınar Yayınları, s. 1326.

<sup>5</sup> **İnalçık, Halil** (2017) Devlet-i ‘Aliyye-Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar I, 60. Basım, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 58.

<sup>6</sup> **Pakalın, Mehmet Zeki** (1993) Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü Cilt I, 1. Baskı, İstanbul, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, s. 8.

Pençik sisteminin daha düzenli bir şekilde uygulanması adına “Pençik Kanunu” nun yayımlandığı görülmektedir. Fatih Sultan Mehmet’in “*atam dedem kanunudur*” diyerek I. Murad devrindeki düzenlemeye gönderme yaptığı hüküm şöyledir: “*Kanun-ı Penç-yek: 764 senesinde ibtidâ esirden hums alınmak Murâd Gâzi zaman-ı şeriflerinde fermân olunub esir başına 125 akçe kıymet ta’yin olunub her esirden 25 akçe alınurmuş*”<sup>7</sup>. Bunun dışında biri tarihi belli olmayan ve diğeri 1510 tarihli II. Bayezid dönemine ait iki Pençik Kanunnamesi’nin varlığı bilinmektedir<sup>8</sup>. Söz konusu 1510 tarihli Pençik Kanunnamesi’nde erkek esirler “*şîr-hor (0-3), beççe (3-8), gulâmçe (8-12), gulâm (balığ olmuş), sakallu (tüylenmiş genç ve olgun), pîr (ihtiyar)*” şeklinde yaş aralıklarına göre sınıflara ayrılmışlar ve bu ayırma göre gazilerin ne kadar pençik resmi vermeleri gerektiği hüküm altına alınmıştır. Gazilerin elinden padişah adına alınan pençik oğlanları, genellikle sağlıklı ve sağlam gulâm ve gulâmçelerden, yani 8-18 yaş aralığındaki esirlerden seçilmiştir<sup>9</sup>. Ganimetten alınan bu esir payı, “pençikçi” veya “pençik emini” denilen memur tarafından tespit edilmiş ve denetlenmiştir<sup>10</sup>. Böylece pençik sisteminin yasal düzenlemeler ve denetlemelerle daha ciddi ve geçerli bir yapıya büründüğü söylenebilir.

İslam hukukuna göre savaşta elde edilen esirler Müslüman devlet idaresince öldürülebilir, köle yapılabilir, zimmi statüsüne sokulabilir ya da fidye karşılığında salıverilebilirdi<sup>11</sup>. Bu nedenle pençik, İslam hukukuna teorik olarak uygun bir sistemdir. Abbasiler, Gazneliler, Samanoğulları gibi başka İslam devletlerinde de söz konusu sistem uygulanmıştır. Ancak Osmanlı uygulaması, bir noktada diğer devletlerden farklılıklar arz etmiştir. Bu farklılık, ordu için alınan esirlerin Türk ailelerin yanında uzun zaman eğitime tabi tutulmuş olmasıdır. Türk ailelerinin yanında verilen bu eğitim, kul sisteminde de uygulanmıştır. Ayrıca pençik usulünde olduğu gibi kul sisteminde de gayrimüslim gençlerden yararlanılmış ve bu gençler Müslümanlaştırılmıştır. Bu nedenle pençik yöntemi, devşirme uygulamasının çekirdeği veya kökeni olarak değerlendirilebilir<sup>12</sup>. Pençik sistemi, Osmanlı Devleti’nde daha sonra görülen kul sisteminin menşeyidir. Osmanlı Devleti birçok hukuki müessesede olduğu gibi pençik kurumunu da, tecrübesi ve gelişmesine bağlı olarak değiştirmiş ve kul sistemini meydana getirmiştir. Ancak kul sistemi ile pençik uygulaması arasında önemli farklar mevcuttur. Bu açıdan kul sis-

<sup>7</sup> **Akgündüz, Ahmed** (2006) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri / 1. Kitap Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s. 258.

<sup>8</sup> **Akgündüz, Ahmed** (1990) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri / 2. Kitap II. Bâyezid Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Fey Vakfı, s. 129-132.

<sup>9</sup> **Koçu, Reşad Ekrem** (2004) Yeniçeriler, 3. Baskı, İstanbul, Doğan Kitap, s. 22.

<sup>10</sup> **Kafadar**, s. 173.

<sup>11</sup> **Akgündüz, Ahmed** (2008) Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Yönetimi, 1. Baskı, İstanbul, Timaş Yayınları, s. 98; **Ekinci, Ekrem Buğra** (2017) Osmanlı Hukuku (Adalet ve Mülk), 5. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, s. 249.

<sup>12</sup> **Akgündüz** (2008), s. 99.

teminin nasıl ortaya çıktığını ve pençik sistemiyle ayrılan yönlerinin ne olduğuna bakmak gerekmektedir.

## II. KUL SİSTEMİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE PENÇİK İLE FARKLARI

Osmanlı Devleti'nde fetihler olduğu sürece pençik yöntemi, asker ihtiyacını karşılamak için yeterli olmuştur. Ancak Ankara Savaşı sonrası Fetret Devriyle (1402-1413) birlikte fetihler durduğu için ganimet elde edilememiş; böylece ordu için gerekli olan asker ihtiyacı karşılanamaz olmuştur. Pençik sistemi işlemez hale geldiğinden dolayı yeni bir arayış içerisine girilmiştir. Bu nedenle ordudaki personel ihtiyacının varlığı yeni bir sistemin doğuşuna yol açmıştır: Kul sistemi.

Kul sistemi daha önce Osmanlı Devleti'nde ve diğer İslam devletlerinde görülmeyen, yepyeni, farklı ve orijinal bir devşirme usulüdür<sup>13</sup>. Bu sistemde, zimmi Hristiyan çocuklar ihtiyaca göre belirli zaman aralıklarıyla Müslümanlaştırılarak ve yeteneklerine göre eğitilerek ordu ve yönetim kadrolarına alınmışlardır.

Pençik yönteminde olduğu gibi, kul sisteminde de devşirme yönteminin kullanılarak Hristiyan gençlerin Müslümanlaştırıldığı ve devlet kadrolarına dâhil edildiği görülmektedir<sup>14</sup>. Ancak pençik sisteminde savaştan elde edilen esirler devşirilirken; kul sisteminde Osmanlı Devleti'nin egemenliğini kabul etmiş ve onun topraklarında yaşayan zimmi Hristiyan ailelerin çocukları devşirilmiştir. Bu açıdan iki sistem birbirinden tamamen ayrılmaktadır.

I. Murat döneminde pençik usulü ile devşirilen ve "kapı kulu" ismiyle anılan esirler daha çok asker olarak orduda yer almışlar; yönetici kadrolarında pek bulunamamışlardır. Kul sisteminin Fatih Sultan Mehmet tarafından geliştirilmesi ile kul devlet adamlarının sayısı artmış ve devşirme kimseler yönetimde söz sahibi olabilmişlerdir<sup>15</sup>. Öyleyse pençik yönteminde gayrimüslim çocuklardan daha çok ordunun ihtiyacını gidermek için yararlanılmıştır. Kul sisteminde ise devşirmeler, sadece asker değil; bunun yanında idareci de olabilmişlerdir.

Pençik sistemi, Müslüman-Türk yöneticiler tarafından ortaya atılan bir fikir olup, onların durumunu etkilemezken; kul sistemi, Müslüman-Türk yöneticileri olumsuz yönde etkilemiş ve bu müesseseye sonrası yönetici kadrolarındaki sayıları giderek azalmıştır. Bu bağlamda çok geniş sınırlara ulaşan Osmanlı Devleti,

<sup>13</sup> **Özcan, Abdülkadir** (1994) "Devşirme", TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt 9, İstanbul, TDV Yayınları, s. 254; **Hathaway, Jane** (2005) *Beshir Agha: Chief Eunuch of the Ottoman Imperial Harem*, London, Oneworld Publications, s. 3; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 207; **İnalçık**, s. 205.

<sup>14</sup> Devşirme usulünün ilk ne zaman uygulandığına ilişkin oldukça fazla tartışma bulunmaktadır. Devşirme sisteminin kurulmasını en erken Orhan döneminin sonlarında veya en geç I. Murad devrindeki bir zaman dilimi içinde gerçekleştiğini, ancak birbiri içine giren süreçler halinde tedricen geliştiğini düşünen Beydilli bu tartışmaların bazılarını yer vermiştir bkz. **Beydilli, Kemal** (2013) "Yeniçeri", TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt 43, İstanbul, TDV Yayınları, s. 452.

<sup>15</sup> **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 207-208.

yönetimde daha çok geçmişi ve mensubiyeti olmayan devşirmeleri tercih etmiştir<sup>16</sup>. Ancak Osmanlı Devleti'nde yaşayan halk yönetici sınıf ve reaya olmak üzere iki ana sosyal gruba bölünmüştür. Yönetici sınıf ya da askerler ise seyfiye (ordu mensupları), ilmiye, kalemiye (kâtipler) ve saray hizmetlilerinden oluşmuştur<sup>17</sup>. İşte bu dört yönetici sınıftan biri olan ilmiye mensupları, yani ulema devşirme kökenli olmamış; Türk ve Müslüman olan kimselerden oluşmuştur. Bir zaman sonra ulema, yönetimdeki Müslüman geçmişe sahip tek grup olmuş; geri kalanlar Osmanlı tebaasından gelen zimmi devşirmeler olarak karşımıza çıkmıştır<sup>18</sup>.

Yabancı literatürde devşirme usulü açıklanırken “recruitment”<sup>19</sup> ifadesi kullanılmış ve bununla devşirme uygulamasının bir “askere alma” ya da “asker yetiştirme” yöntemi olduğu kastedilmişse de; kelimenin bir diğer anlamı olan “işe alma”, konu açısından farklı bir yorumu da yapmamıza kapı aralamaktadır. Devşirme sistemi, gerçekten gayrimüslim tebaa için bir işe alım yöntemi olmuştur. Gayrimüslimler, Müslüman olduktan sonra kul sıfatıyla seyfiyede, kalemiyede ve sarayda çeşitli işlerde çalışma imkânına sahip olmuşlardır. Öyle ki vezir-i azamlar, vezirler, defterdarlar vs. zamanla devşirme kişilerden oluşmuştur. Ayrıca gayrimüslimlerin klasik dönem Osmanlı hukukunda devlet memuru olmaları mümkün değilken; devşirme yöntemi ile Müslümanlaştırılarak devlet kademelerinde görev almaları mümkün olmuştur.

Pençik ile kul sistemi arasındaki bir diğer farkın ulaşılmak istenen hedef bağlamında olduğu söylenebilir. Pençik yönteminde daha çok uç beylerinin gücünü kırmak, sınırlarda hâkimiyet kurmak ve seyfiye ihtiyacını gidermek amacıyla hareket edilmiştir. Kul sistemi ise merkezi otoriteyi kuvvetlendirmek ve sadece seyfiye değil, yönetici sınıfının diğer alanlarına da personel kazandırmak için meydana getirilmiştir. Bu konuyu biraz daha açmak adına kul sisteminin getirilme nedenleri ve bu sistemle amaçlananların neler olduğunu ayrı bir başlık altında incelemek gerekecektir.

### III. KUL SİSTEMİNİN GETİRİLMESİNİN NEDENLERİ

Pençik sistemi var iken kul sisteminin getirilmesinin nedenleri, yöntemin hangi ihtiyaca binaen ortaya çıktığı ve sistem ile ulaşılmak istenen amaçların ne olduğu cevaplanması gereken sorulardır.

<sup>16</sup> Evrensel, Y. A./Mix, T. (2017) “An Institutional Approach to the Decline of the Ottoman Empire”, Cogent Economics & Finance, V: 5, I: 1, s. 8.

<sup>17</sup> Cin, Halil/Akyılmaz, Gül (2014) Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, Konya, Sayram Basım Yayım, s. 124.

<sup>18</sup> Evrensel/Mix, s. 13. Ayrıca Cin/Akyılmaz'ın verdiği bilgiye göre, Kanuni devrinden itibaren ilmiye sınıfı hariç olmak üzere, askerî sınıf içinde Türk-devşirme ayrımı ortadan kalkmış, kulluk anlayışı devşirme olmayan askerî sınıf üyelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir bkz. Cin/Akyılmaz, s. 129.

<sup>19</sup> Hathaway, s. 3.

Kul sistemine geçilmesindeki başlıca nedenlerden biri ifade ettiğimiz gibi, personel ihtiyacının varlığıdır. Fetret devrinde fetihlerin durma noktasına gelmesi ile ganimet elde edilememiş; dolayısıyla esir yokluğu çekilmiştir. Bu nedenle hem orduda hem de yönetimde ciddi şekilde personel ihtiyacı doğmuştur. Bu bağlamda gerek fetihlere ve gazilere olan ihtiyacı azaltmak gerekse personel istihdamını bir sistematiğe oturtmak amacıyla hareket edilmek istenmiştir. Gayrimüslim tebaanın devşirilmesi yöntemiyle, tükenmez bir insan kaynağına ulaşmak hedeflenmiştir<sup>20</sup>. Ordu ve idari kadrolar için gerekli olan düzenli personel akışının sağlanması, kul sistemi ile mümkün hale getirilmeye çalışılmıştır.

Kul sisteminin getirilmesinin temel nedenlerden biri, nüfuzlu Türk ailelerin gücünü kırma isteğidir. Böylece amaçlanan şey, belli bir ailenin tek başına yönetimde söz sahibi olmasını engellemektir. Nitekim Fatih Sultan Mehmet, İstanbul fethi sonrası Çandarlı ailesinin hegemonyasını bitirmek adına Çandarlı Halil Paşa'yı idam etmiş ve yönetimde devşirme kimselere görev vermeye başlamıştır. Bu bağlamda Osmanlı Devlet idaresinde söz sahibi olan, sacayağını andıran üç nüfuz olmuştur: İlmiye, kalemiye ve seyfiye. Bu üç sınıf arasındaki ahenk ve dengeyi sağlamak ve ülkede aristokrat sınıfının oluşmasını engellemek adına getirilen tedbirlerden birinin devşirme idarecilerin istihdamı olduğu söylenebilir<sup>21</sup>.

Kul sisteminin getirilmesinin en önemli sebeplerinden birinin de, merkezileşmeyi sağlamak için olduğu ileri sürülebilir. Yönetime getirilen kulların padişaha şartsız koşulsuz bağlanması, bu amaca hizmet etmektedir. Padişah devlet yönetiminde merkez olmuş ve kullarını istediği şekilde denetleyebilmiştir. Bu anlayış taşra teşkilatında da geçerli olmuştur. Merkezden taşra teşkilatına bizzat padişah fermanı ile atanan beylerbeyleri, sancak beyleri ve diğer yöneticilerle, Osmanlı'nın en uzak köşesinde dahi kontrol ve denetim sağlanmıştır<sup>22</sup>. Bu bağlamda, yerleşmeye veya adem-i merkeziyetçiliğe yol açacak girişimleri engellemek adına uç beyleri merkeze bağlı sancak beyleri haline getirilmiş ve fethedilen her bölgeye merkez ile taşra arasındaki bağı kurmak adına devşirme askerler yerleştirilmiştir<sup>23</sup>.

Kul sistemine geçilmesinin en önemli nedenlerden birinin de, egemenlik anlayışında yaşanan değişim olduğu söylenebilir. Osmanlı'nın kuruluş yıllarında var olan "ülke hanedanın ortak malıdır" görüşü, zamanla egemenliğin tek elde

<sup>20</sup> Koçu, s. 35.

<sup>21</sup> Ekinci, s. 244.

<sup>22</sup> Akyılmaz, Bahtiyar (1999) "Osmanlı Devletinde Merkezden Yönetimin Taşra İdaresi", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S: 4, s. 129.

<sup>23</sup> Yaşar, Yücel (1974) "Osmanlı İmparatorluğunda Desantralizasyona (Adem-i Merkeziyet) Dair Genel Gözlemler", Belleten, C: 38, S: 152, s. 660.

toplanması amacına yönelmiştir. Bu kapsamda ilk olarak, pençik sistemiyle padişah, uçlarda yaşayan feodal beylere karşı mutlak egemenliği sağlamaya çalışmıştır. Pençik ile devşirilen askerlere “kapı kulu” denmesi, I. Murad’ın bu gayesini açıkça gösteren bir durumdur<sup>24</sup>. Daha sonra I. Bayezid ve özellikle Fatih dönemi ile birlikte kul devlet adamları çoğalmış ve sarayda, idarede, maliyede devşirme kökenli kimseler bulunmaya başlamıştır<sup>25</sup>. Böylelikle amaç yalnızca sınırlardaki beylere karşı egemenliği sağlamak değil; padişahın yetkilerini arttırarak egemenliği tek elde toplamak ve egemenliğin bölünmezliğini sağlamak olmuştur. Devletin mutlak egemeni olarak Osmanlı padişahları, kendisine karşı en ufak sınırlamayı kabul etmemiş; otoritesi karşısında başka bir otoriteyi tanımamıştır<sup>26</sup>. Bu bağlamda ilk önce Fatih Sultan, kendi otoritesini sınırlandıran Çandarlı Halil Paşa’yı zorlukla ve sistem değişikliğine giderek görevden almıştır<sup>27</sup>. Daha sonra ise kulların güçlenmesiyle olay tam tersine dönmüş; ancak II. Bayezid kul olan Gedik Ahmed’in idamına karar vererek kulların siyaseten katledilebilmesine kapı aralamıştır<sup>28</sup>. Kul sisteminin getirdiği anlayış, kul devlet adamlarının katledilmesini daha kolay kılmış; mutlak egemenliği sınırlayacak durumlar rahatça bertaraf edilebilmiştir.

Kul sistemiyle ulaşılmak istenen bir gaye de, gayrimüslim tebaadan alınan ve Müslüman Türk geleneklerine göre yetiştirilen kulları, aracı olarak kullanarak gayrimüslim tebaanın devlete karşı tavır almasını ve isyan etmesini engellemek olmuştur<sup>29</sup>. Hatta bu yöntemle gayrimüslimlerin devlete olan bağlılıkları arttırılmak istenmiştir.

Bu noktada söz konusu amaçlara ulaşmak adına gayrimüslimlerin nasıl devşirildiği ve devşirmede ne gibi bir usul izlendiğini incelemek gerekmektedir.

#### IV. DEVŞİRME İŞLEMİ

Kul sisteminin en önemli ayağı, devşirme işlemidir. Devşirme yöntemi, Osmanlı topraklarında yaşayan gayrimüslim çocukların Müslümanlaştırılması ve Türk-İslam eğitiminden geçirilmesidir. Devşirme muamelesi, kanunda belirtilen usul ve yönteme göre yapılmıştır. Devşirme kanunu ile ganimetten alınan esirler

<sup>24</sup> Mumcu, Ahmet (2017) Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl, 4. Baskı, Ankara, Phoenix, s. 51.

<sup>25</sup> Mumcu, s. 51.

<sup>26</sup> Mumcu, s. 74.

<sup>27</sup> Bu bağlamda Yurtseven, Çandarlı’nın katledilmesinin egemenlik anlayışında bir dönüm noktası olarak görmemektedir. Daha çok Fatih döneminde Osmanlı padişahının gücünü gösteren, Fatih’in mutlak ve bölünmez iktidarını temsil eden sembolik bir öneminin olduğu yorumunu getirmektedir. Yurtseven, Yılmaz (2008) “Osmanlı Kul Sistemi ve Veziriazam”: Koçhisarlıoğlu, Cengiz/Tanrıverdi, Süha/Sargın, Fügen/Küçükgüngör, Erkan/Şenocak, Zarife/Demir, Mehmet (Yayın Kurulu), Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 1445.

<sup>28</sup> Mumcu, s. 75.

<sup>29</sup> Ekinci, s. 430.



yerine, padişahın Rumeli ve Anadolu'daki gayrimüslim tebaasının devşirilmesi amaçlanmışır<sup>30</sup>. Kanununun tam olarak ne zaman neşredildiği bilinmemektedir. Akgündüz, II. Bayezid dönemine ait olduğunu düşündüğü bir devşirme kanun metnini yayımlamıştır<sup>31</sup>. Ahmed Refik ise 1335 (1916) yılında yazdığı makalede devşirilecek kişilerin hangi usulle toplandıklarını ve bu işlem yapılırken ne türlü tedbirler alındığını gösteren 1031 (1621) yılına ait kıymetli bir ferman sunmuştur<sup>32</sup>. Bu iki metin birbirine oldukça yakın düzenlemeleri içermektedir. Bu nedenle 16 ve 17. yüzyılda devşirme usulünde benzer hükümlerin uygulandığı söylenebilir.

Kanun maddelerinden ve fermanın anlaşıldığı üzere devşirme işlemi, belirli zaman aralıkları ile düzenli bir şekilde ve yurdun genelinde yapılmamıştır. İhtiyaca göre düzenleme getirilerek, bölge bölge devşirme usulü uygulanmıştır. Bu gereksinimi belirleyen ve Divan-ı Hümayun'a arz eden kişi Yeniçeri Ağası olmuş; bu nedenle devşirme işinde birinci sorumlu Yeniçeri Ağasıdır denilebilir<sup>33</sup>. Devşirme işinin ihtiyaç hâsıl oldukça yapılmasından yola çıkarak devşirme yönteminin istisnai bir uygulama olduğu yorumuna gitmek doğru olmayacaktır. Düzenli olmasa da sürekli olması ve ülke yönetimini derinden etkilemesinden dolayı devşirme işleminin genel bir yönetim ilkesi olduğunu söylemek daha mantığa uygun düşmektedir.

Devşirme başlangıçta beylerbeyi, sancak beyi ve kadılar gibi ilgili bölgenin mülki amirleri tarafından yapılmıştır. Fakat zamanla bunların görevlerini kötüye kullanmaları üzerine Fatih Sultan Mehmed döneminde devşirme işi bir esasa bağlanmış ve merkezden devşirme memurları gönderilmeye başlanmıştır<sup>34</sup>. 1621 yılına ait belgede de devşirilecek kişileri seçmede merkezden atanan memurların görev yaptığı ve uygulamanın bu yönde devam ettiği anlaşılmaktadır<sup>35</sup>. Hatta bu seçme işini yapacak kimselerin tecrübeli ve seçkin kimseler olmasına da özen gösterilmiştir.

<sup>30</sup> Koçu, s. 35.

<sup>31</sup> Akgündüz (1990), s. 123-125.

<sup>32</sup> Ahmed Refik (1335/1919) "Eski Osmanlı Askerliği: On birinci Asr-ı Hicrîde Devşirme Usûlü", Edebiyat-ı Umumiye Mecmuası, C: 1, S: 2, s. 46-48, [http://isamveri.org/pdfosm/D00852/1335\\_2/1335\\_2\\_REFIKA.pdf](http://isamveri.org/pdfosm/D00852/1335_2/1335_2_REFIKA.pdf), s.e.t. 01.03.2019.

<sup>33</sup> Özcan, s. 254.

<sup>34</sup> Özcan, s. 254.

<sup>35</sup> "Kadimü'l-eyyamdan memalik-i mâhrusa-i paşahîde vaki olan reyadan yeniçerilik için oğlan alınmak kanun-ı kadim olub geri kadimden olageldiği üzere yeniçeri olmak için oğlan cem' olunmak ferman olunmanın taht-ı hükümetinizde vaki reyayanın yeniçeriliğe layık yarar oğlanlardan intihap idüb ve cem' eyleyüb âstâne-i saadet-i ... irsâl-ü isâl eylemek için ocağın emektar ve ihtiyar ağalarından olub tornacı başı olan..." Ahmed Refik, s. 46.

Devşirme memurlarına işlerini nasıl yürüteceklerine dair padişah fermanı ile devşirme yapılacak yerlerin kadılarına yazılmış yeniçeri ağasının imzasını taşıyan bir mektup verilmiştir. Memurlar, padişah fermanı ve yeniçeri ağasının mektubu çerçevesinde devşirme işlerini yapmışlardır<sup>36</sup>. Sancak beyi, kadı, tumar sahibi gibi mahalli görevliler ise devşirme memuruna yardımcı olmak ve işini kolaylaştırmakla yükümlü kabul edilmişlerdir<sup>37</sup>.

Devşirme memuru, gittiği yerlerde tellallar vasıtasıyla devşirme için geldiğini ilan ettirmiş; kazadaki çocukların babaları ile merkezde toplamaları sağlanmıştır<sup>38</sup>. Devşirme memuru çocukları bizzat göreyerek kanuna ve talimata uyanları devşirmek ve yanında götürmek için ayırmıştır. Genellikle her kazada kırk haneden bir oğlanın alınması adet edilmiş olsa da; ihtiyaca göre bazen bu uygulamadan vazgeçilebilmiştir<sup>39</sup>. Devşirilecek çocukların adı, ana ve baba adı, bağlı bulunduğu yer, eşkâl gibi kimlik bilgileri kaydedilmiştir. Buradaki amacın hem çocukların kaçması ve kaybolması durumunda kim olduğu tespitini kolaylıkla sağlamak hem de seçilen kimselerden başka birinin gruba katılmasını engellemek olduğu görülmektedir<sup>40</sup>. İki adet tutulan ve “eşkâl defteri” adı verilen devşirilen çocukların bilgilerinin bulunduğu bu defterlerden biri devşirme memuruna, diğerini ise devşirilen çocukları merkeze sevk eden ve kendisine “sürücü” denilen memura verilmiş; sürücü merkeze gittiğinde çocuklarla birlikte bu defteri teslim etmiştir<sup>41</sup>.

Devşirme işlemi için Arnavutluk, Bosna, Anadolu gibi farklı farklı bölgele- re gidilebilmiştir<sup>42</sup>. Yani belirli yerlerle sınırlandırma gibi bir durum söz konusu olmamıştır. Ayrıca sadece kaza merkezlerine değil; en ufak yerleşim birimlerine kadar ulaşılmıştır. Örneğin Biga ilçesinin 38 farklı köyüne gidilerek çocuk top-

<sup>36</sup> **Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1984) Osmanlı Devlet Teşkilatında Kapıkulu Ocakları I, Ankara, TTK Yayınları, s. 97-98.

<sup>37</sup> **Demir, Abdullah** (2017) “Osmanlı Devleti’nde Devşirme Sistemi”, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C: 1, S: 1, s. 25.

<sup>38</sup> “*Lede’l vusûl her kadılıkta vaki olan il ve güne ve kasabat ve kürrada ve bilâdda ve hasarlarda ve evkâf ve zeamatte ve tumarlarda ve çiftliklerde vaki olan reayanın cümlesine muhkem tenbih ve te’kid idesiz ki her ne kadar oğulları var ise hiçbir ferd kalmayub babaları ile cem’ idüb...*” **Ahmed Refik**, s. 47. Benzer hüküm için Devşirme Kanunu 1. maddeye bkz. **Akgündüz** (1990), s. 123-124.

<sup>39</sup> **Özcan**, s. 255.

<sup>40</sup> “*Ve her oğlanki alınıp kendi adın ve babası ve anası köy ve sipahisi evlerin ve oğlanın hilye ve evsâf ve alayimin aynı ile yazub defter eyleyüb ve bu vech ile deftere kayıd ettikten sonra gaybet edecek olursa kim idüğü ve ... idüğü deftere müracaat olunub malum olunduktan sonra geri ele getirüle ve onun gibi oğlan cem’ olunduğu esnada hariçten oğlan katulmayub yerli rayet oğullarından cem’ idüb hile ve telbisinden ihtiyat eyleyeler...*” **Ahmed Refik**, s. 47. Benzer hüküm için Devşirme Kanunu 2. maddeye bkz. **Akgündüz** (1990), s. 124.

<sup>41</sup> **Demir**, s. 26.

<sup>42</sup> **Yılmaz, Gülay** (2015) “The Devshirme System And The Levied Children Of Bursa İn 1603-4 A.D.”, Belle-ten, C: 79, S: 286, s. 904. Yılmaz söz konusu makalede Bursa’ dan çıkan bir stürtünün nasıl bir yolculuk geçirdiği ve nerelerden ne kadar devşirme alındığı ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır.

lanmıştır<sup>43</sup>. Devşirme oğlanları seçilirken oldukça titiz bir sürecin yürütüldüğü, bu işlemler için ayrılan vakitlerden de anlaşılabilir. 1604'te yapılan bir seferde Bursa'da 5 ay, Arnavutluk'ta 4 ay, Rumeli'de 8 ay ve Bosna'da 1 yıl seçme işleminin yapıldığı tespit edilmiştir<sup>44</sup>. Ayrıca burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, Fatih'in İstanbul'u fethettikten sonra Galata'daki zimmilere yönelik verdiği Ahidnamenin 7. maddesidir. Madde hükmü şöyledir: “*Ve buyurdum ki, yeniçeriliğe oğlan almayam ve bir kâfiri rızâsı olmadan müslüman etmeyeler ve kendileri aralarında kimi ihtiyâr ederlerse maslahatlarıçün kethüdâ nasbedeler.*”<sup>45</sup>. Ahidnameler, bazı topluluk veya şahıslara özel haklar tanınmak maksadı ile hazırlanan belgelerdir. Burada da Galata'da yaşayan zimmilere yönelik tanınan ayrıcalıklı hükümlerin varlığı görülmektedir. Bu bölgedeki zimmilerin kendi rızaları olmadıkça devşirilmeyeceği garanti altına alınmaktadır. Öyleyse devşirme konusunda kimi bölgedeki zimmilere ayrıcalık tanındığı ve o bölgedeki çocukların devşirilmediği bu hükümden anlaşılabilir.

Devşirmek için seçilen çocuklar, “sürü” denilen 100-150 kişilik gruplar halinde sürücülerin idaresinde devlet merkezine götürülmüşlerdir. Sürücülerin çocukları kaybetmeden İstanbul'a ulaştırmaları özellikle vurgulanmış; doğru istikamette ilerlemeleri, farklı güzergâhlara sapmamaları ve belirlenmiş konak yerlerinin dışına çıkmamaları gerektiği bildirilmiştir. Hatta yolculuk sırasında herhangi bir kimseden maddi veya manevi herhangi bir yardım almamaları da söylenmiştir<sup>46</sup>. Çocukları bir arada tutmak ve çocuklardan kaçanlar olursa tespit edilmesini kolaylaştırmak için onlara tek tip elbise giydirilmiştir: Kızıl aba ile kırmızı külah<sup>47</sup>. Ayrıca sürüye “saplama” adı verilen yabancıların karışmasını önlemek için sıkı tedbirler alınmıştır. Sürü içine yabancı birinin karıştığı tespit edilirse sürücüler

<sup>43</sup> Yılmaz (2015), s. 918.

<sup>44</sup> Yılmaz (2015), s. 906.

<sup>45</sup> Akgündüz (2006), s. 477.

<sup>46</sup> “*Ve yeniçeri oğlanı yüz ve yüz elli nefer miktarı cem' olunduğu gibi mutemet aleyh adam koşub asitane-i saadete ve doğru yeniçeri ocağına gönderilüb yolda ve menzillerde muhkem hıfz oluna ki birisi gaybet etmek ihtimali olmaya. Ve her sürüye iki defter yazub birin kendi hıfz edüb ve birin sürü ile gönderdiği adama verüb kapıda sürü defter ile getirüb teslim edilüb ve bade iki defter birbiri ile mukabele olunub cem' olunan oğlanın birisi tebdil ve tagayyür olunmak muhal oluna ve oğlan koşub gönderdiği adama muhkem tenbih ve te'kid eyleye ki oğlanları doğru yoldan getirüb ve gezdirmeyüb ve kimseden bir akça ve bir hibe almayub ve konakları şaşurdub ve bir köye konmuşlar iken tekrar konmayalar ki köy halkı yeniçeri oğlanına etmek virmekten ve evlerine alub hıfz itmekten müzayaka lazım gelmeye ve ol vilayetin kadıları ve subaşuları ve voyvoda ve evkaf mütevellileri tumar erleri ve zeame ve imal yeniçeri oğlanı cem' husus için berveçhile karışmayub ve kat'a müdahale ve mu'araza eylemeyüb agay-ı mumaileyh müstakilen kendüsü cem' edüb göndere.” Ahmed Refik, s. 47. Benzer hükümler için Devşirme Kanunu 3-5. maddelere bkz. Akgündüz (1990), s. 124.*

<sup>47</sup> Yılmaz, Gülay (2009) “Becoming A Devşirme: The Training of Conscripted Children in the Ottoman Empire”: Campbell, Gwyn/Miers, Suzanne/Miller, Joseph C. (Editors), Children in Slavery Through the Ages, Ohio, Ohio University Press, s. 122.

şiddetle cezalandırılmıştır<sup>48</sup>. Burada sürüden kaçan ya da sürüye karışan çocukların olmamasını sağlamak için tedbirler alınması, seçilen kişilerin bir amaca binaen tercih edildikleri ve onların dışında kimselerin alınmamasına özen gösterildiği şeklinde değerlendirilebilir. Bu kapsamda devşirilen kimselerin alelade çocuklar olmadığı ya da her çocuğun devşirilmediği önemli bir çıkarımdır. Seçilen çocukların özenle buldukları bu nedenle elden kaçmalarının engellenmek istendiği söylenebilir. Ayrıca seçilmemelerine rağmen sürüye katılmak için uğraşanların varlığından dolayı, kul olmaya gönüllü ve istekli kimselerin bulunduğu yorumu yapılabilir.

Yine bu bağlamda oğlan kaçırın, gizleyen veya seçilen kişiyi farklı bir kimlikle değiştirenlerin siyaset-i padişahî ile haklarından gelinmesi bildirilmiştir<sup>49</sup>. Burada siyaset cezasının ölüm yahut salb etme şeklinde olduğu söylenebilir. Nitekim Kanunî'nin Umumi Kanunnamesi'nin (I) 37. maddesinde<sup>50</sup>, III. Murad Devrindeki Kanun-ı Osmânî'nin 58. maddesinde<sup>51</sup> ve Kanunî dönemindeki Bosna Sancağı Kanunnamesi'nin 121. maddesinde<sup>52</sup> "*Esir uğurlayanı ve kul ve câriye ve oğlan ayardub gizleyeni ve dükkân ve ev açanı ve bir kaç kez hırsızlık edeni, salb edeler.*" şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Benzer şekilde esir ya da kul olan kimselerin ayartılıp gizlenmesinin cezasının salb edilmek, yani asılarak ölüm olması, söz konusu fiilin çok büyük bir suç olduğunu göstermektedir. Öyleyse kul olacak kimseleri kaçırınların en ağır şekilde cezalandırılması öngörülmüştür.

İstanbul'a götürülen devşirme oğlanları, yeniçeri ağası tarafından kontrol edilerek eşkâl defterine yazılmışlardır. Ardından sünnet edilen çocuklara Abdullah, Abdurrahman, Abdussamed gibi Müslüman Türk adlar verilmiştir. Bu isimlerden daha çok Abdullah ismi tercih edilmiştir<sup>53</sup>. Sürüden saray için ayrılacak olanları ya yeniçeri ağası ya da saray ağası seçmiştir. Sultanlar da bazen bu seçimlerde bizzat bulunmuşlardır<sup>54</sup>. Bu ayrıntı, devşirilecek çocuğa ne kadar önem ve-

<sup>48</sup> Özcan, s. 255.

<sup>49</sup> "*Muhkem mukayyet olub birisi dahl eylemeyüb hiçbir ferdin oğullarını evinde alıkomayub ve gizlemeyüb ve ... yetmeyüb berveçhile telbisten ihraz edeler ve her kimin tumar ve zeametinde ve yahut evinde ve köyünde ve çiftliğinde bir oğlan gizleyüb mumaileyh göstermemiş ve kaçırmiş ve yahut hile edüb hariçten oğlan katmış veya ihmâl-i müsahele eylemiş ola. Her kim ise kat'a mecal verilmeyip siyaset-i padişahi ile haklarından gelinir, bilmüş olalar.*" Ahmed Refik, s. 47. Benzer hükümler için Devşirme Kanunu 7. maddeye bkz. Akgündüz (1990), s. 124-125.

<sup>50</sup> Akgündüz, Ahmed (1992) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri / 4. Kitap Kanunî Devri Kanunnâmeleri I. Kısım Merkezî ve Umumi Kanunnâmeler, İstanbul, Fey Vakfı, s. 301.

<sup>51</sup> Akgündüz, Ahmed (1994) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri / 8/I. Kitap III. Murad Devri Kanunnâmeleri 8/II. Kitap III. Mehmed Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s. 114.

<sup>52</sup> Akgündüz, Ahmed (1993) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri / 6. Kitap Kanunî Devri Kanunnâmeleri II. Kısım Eyâlet Kanunnâmeleri (II), İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s. 486.

<sup>53</sup> Demir, s. 26.

<sup>54</sup> İnalçık, s. 207.

rildiğini gösteren bir başka durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Saray için seçilenler İstanbul’da, Galata veya İbrahim Paşa saraylarına; taşrada Edirne ve Manisa saraylarına gönderilmiştir. Kalanların çoğu yeniçeri olması için Türk köylülerinin yanına verilmiş; küçük bir kısmı padişah bahçelerinde hizmet için “bostancı” yapılmıştır. Saray için ayrılanlara “içoğlanı”; yeniçeri olacaklara ise “acemi oğlanı” denilmiştir<sup>55</sup>.

Sarayda eğitim alanların günlük programları titizlikle organize edilmiş; her saat için yapacakları görevler belirlenmiştir. Uyanma, dua etme, yemek yeme, uyuma, egzersiz ve ders çalışma zamanları ayrı ayrı düzenlenmiştir. Yavaş yemek, haftada bir banyo yapmak, düzenli tıraş olmak, iyi giyinmek ve günde beş vakit namaz kılmak onlardan beklenen ve yapmaları gereken eylem ve davranışlardır. Tüm bunların dışında içoğlanları sarayda sıkı bir öğretimden geçirilmişler; medrese eğitim ve öğretimine tabi tutulmuşlardır<sup>56</sup>.

Acemi oğlanlar, Anadolu ve Rumeli ağaları tarafından az bir ücret karşılığında geçici bir süre için Anadolu ve Rumeli’deki Türk köylülerinin yanına verilmişlerdir. Rumeli’den devşirilenler Anadolu’ya; Anadolu’dan devşirilenler Rumeli’ye gönderilmiş böylece çocukların kaçma ihtimallerinin önüne geçilmek istenmiştir. “Türk’e verme” denilen bu uygulama ile devşirme oğlanları bir taraftan çalışarak üretime katkı vermiş; bir taraftan da Türkçeyi, Türk gelenek ve göreneklerini ve İslamiyet’i öğrenmişlerdir. Eğitim süreçleri bittiğinde yeniçeri ağasının arzı ve Divan-ı Hümayun’da alınan kararla İstanbul’a getirilip eşkâl defterine kayıt edilmişlerdir. Daha sonra acemi oğlanı adıyla yevmiye alarak askeri teşkilata dâhil olmuşlardır<sup>57</sup>.

Devşirme süreci incelendiğinde, söz konusu işlemin itinalı ve düzenli bir çalışmanın ürünü olduğu görülmektedir. Kurallara ve fermanlara bağlı olarak özenli bir şekilde devşirme işlemi uygulanmıştır. Öyle ki gidilen yerlerde uzun süre kalınmış; kılı kırk yarararak seçimlerde bulunulmuştur. Bu derece dikkatle seçilen çocukların kaçmamaları için de önlemler alınmaya çalışılmıştır. Yine seçilen çocukların dışında kimselerin sürüye katılmaları engellenmek istenmiştir. Seçilen çocuklara kabiliyetlerine göre sıkı bir eğitim verilerek devletin çeşitli kademelerinde görev almaları için yetiştirilmişlerdir. Bu devşirme süreci göstermektedir ki seçilen kimseler, farklı kamu hizmetlerinde istihdam edilebilecekleri için özel bir muameleye tabi tutulmuşlardır. Bu sebeplerle devşirilecek çocukların

<sup>55</sup> İnalçık, s. 207.

<sup>56</sup> Yılmaz (2009), s. 123.

<sup>57</sup> Özcan, s. 255.

seçimine ne derece özen gösterildiğine ve bu çocuklarda aranan niteliklerin neler olduğuna da bakmak gerekecektir.

## V. DEVŞİRİLECEK KİMSEDE BULUNMASI GEREKEN ÖZELLİKLER

Osmanlı Devleti'nde her zimmi çocuk devşirilmemiştir. Devşirilecek çocuklarda bulunması gereken birtakım nitelikler, fermanlarla ortaya konmuştur. Bu özellikler olumlu ve olumsuz olmak üzere ikili bir ayırım yapılarak sayılabilir.

Olumlu, yani bulunması gereken özelliklerin başında yaş şartı gelmektedir. Devşirilecek çocuklar için fermanlarda çeşitli yaş aralıkları ortaya konga da; 15.ve 16. yüzyıllarda genel itibariyle bu aralık 8-18 olmuştur. 17. yüzyılda devşirilecek çocukların yaş ortalamasının giderek arttığı görülmektedir. Nitekim 1621'deki kayıta 15-20 arası gibi daha ileri alt yaş sınırı belirlenmiştir<sup>58</sup>. Yine 17. yüzyılda Bursa bölgesinde devşirilen çocukların yüzde seksen beşinin 16-20 yaş arasında; yüzde birinin ise 12 yaşın altında olduğu tespit edilmiştir<sup>59</sup>. Bazı istisnai örneklerde ise bu sınırın 21 ve 22 yaşlara kadar çıktığı görülmektedir<sup>60</sup>. Bu çocuklarda bulunması gereken diğer özellikler sağlıklı, eli yüzü düzgün, fiziksel olarak iyi gelişmiş ve akıllı olmalarıdır. Devşirilecek çocuklar ayrıca zekâ testinden geçirilmiş; bu testte başarılı olanlar alınırken başarısız olanlar elenmiştir<sup>61</sup>.

Devşirilecek çocuklarda olumsuz, yani bulunmaması gereken özellikler ise bir hayli fazladır. Papaz oğulları, tek oğlan çocukları ve iki çocuktan biri devşirilmemiştir. Çok fazla çocuğu bulunan ailenin en sağlıklı çocuğu seçilmiştir. Yine yetim ve öksüz çocuklar alınmamıştır. Açgözlü olduğu bilinenler ile bilgi ve görgü sahibi olabileceği düşüncesiyle köy kethüdasının oğlu devşirilmemiştir. Aynı şekilde evli, şehirli, sanat sahibi, Türkçeyi bilen veya İstanbul'a gelmiş olanlar da devşirilmek için seçilmemiştir. Beden yapısında bozukluk ya da anormallik bulunan çocuklar alınmamış; yüzü ve vücudu kusursuz olan kişiler seçilmeye çalışılmıştır. Yine sıgırtmaç ve çoban çocukları ile kel, fodul, köse ve doğuştan sünnetli çocuklar toplanmamıştır<sup>62</sup>. Çok uzun boylu veya çok kısa boylular devşirme alınmamış; orta boylular tercih edilmiştir. Ancak uzun boylu çocuklardan endamı düzgün olanlar sadece saray için alınabilmiştir. Örneğin Bursa'dan seçilen çocuk-

<sup>58</sup> "...müteaddid oğulları olanların içinden sinde on beş yaşında ve yigirmi yaşına varınca bir yararım ve gayetle iyüsün intihâb edüb yeniçerilik için alub defterine yazub dahi hıfz eyleye." **Ahmed Refik**, s. 47.

<sup>59</sup> **Yılmaz** (2015), s. 924.

<sup>60</sup> **Beydilli**, s. 453.

<sup>61</sup> **Demir**, s. 23.

<sup>62</sup> **Özcan**, s. 255; **Demir**, s. 22; **Yılmaz** (2009), s. 122; **Akgündüz** (2008), s. 102.

ların yüzde 67'si orta boylu, 27'si uzun boylu, 2'si kısa boylu ve 4'ünün uzunluğu belirlenememiştir<sup>63</sup>.

Devşirme için daha çok Arnavut, Boşnak, Rum, Bulgar, Sırp ve Hırvat çocukları tercih edilmiş; Türk, Kürt, Acem, Rus, Yahudi, Gürcü ve Çingene çocukları devşirilmek istenmemiştir. Ermenilerden ise sadece saray için çok az devşirme yapılmıştır. Trabzon Hristiyanlarından oğlan devşirilmemiştir<sup>64</sup>. Özellikle Balkanlarda yaşayan Hristiyanlar devşirilmişken; 15. yüzyılın sonlarından itibaren Anadolu'daki Hristiyanlar ve 16. yüzyılda ise bütün imparatorluk coğrafyasında yaşayan Hristiyanlar devşirilmeye başlanmıştır<sup>65</sup>. Müslümanlardan devşirme yapılmamıştır. Ancak Boşnaklar Müslüman olduktan sonra da kendi çocuklarının devşirilmeye devam edilmesi için talepte bulunmuşlar ve bu talepleri kabul edilmiştir. Bosna ve Hersek ve Kilis (Klis) kadılarına hitaben yazılan 13 Safer 973 (9 Eylül 1565) tarihli sünnetli oğlanların devşirilmesine engel olunmamasına ilişkin mühimme kaydı şöyledir: *“Bugüne kadar acemi oğlanı olarak sünnetli olanlar da alındığı halde, acemi oğlanı toplamak için o bölgede bulunan yayabaşına sünnetli oğlan alma hususunda kendileri tarafından engel çıkarıldığı bildirildiğinden, sünnetli oğlanlar yerli ise veya acemi oğlanı seçilmemek için sonradan sünnet olmuş değillerse bu gibilerin acemi oğlanı olarak seçilmelerine herhangi bir engel çıkarılmaması.”*<sup>66</sup>. Potur oğullarından, yani Bosnalılardan Saray-ı Âmir'e ve Has Bahçe'ye veya Enderûn-u Hümâyûn'a ve Bostancı Ocağı'na devşirme alınması Fatih Sultan Mehmed devrine kadar uzanmaktadır<sup>67</sup>.

Devşirilecek çocukta bulunmaması gereken özelliklerin bu derece fazla olması, devşirme işinin ne kadar titizce yürütüldüğünü ve devşirilecek kişinin nasıl özenle seçildiğini göstermektedir. Devşirilecek kişinin fiziksel ve zihinsel olarak mükemmel bir durumda olması aranmıştır. Ayrıca “devşirme” işleminin amacı-

<sup>63</sup> Yılmaz (2015), s. 924-925.

<sup>64</sup> Akgündüz (2008), s. 102.

<sup>65</sup> Özcan, s. 255; Demir, s. 22.

<sup>66</sup> Yıldırım, Hacı Osman/Atık, Vahdettin/Cebecioğlu, Murat/Demirbaş, Uğurhan/Karazeybek, Mustafa/Safi, Muhammed/Serin, Mustafa/Uslu, Osman/Yekeler, Numan/Yıldırım, Zahit (1994) 5 Numaralı Mühimme Defteri (973 / 1565–1566), Ankara, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, s. 41, Hüküm No: 220.

<sup>67</sup> Koyuncu, Aşkın (2015) “Devşirme Tarihine Bir Derkenar: Bosna'nın İslamlaşması Ve Osmanlı Terminolojisinde Potur ve Potur Oğulları Terimlerinin Anlamı”: Koç, Yunus/Küçük, Serhat (Editörler), Türk Sosyal Tarihçiliğinde Bir “Yalnız” İsim Bahaeddin Yediylıldız'a Armağan, Ankara, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 219. Koyuncu'ya göre, Bosnalıların gönüllü oldukları veya topluca İslam'ı kabul ettikleri için çocuklarının devşirilmesine izin verilmesi onlara verilmiş bir ayrıcalık ya da mükâfat şeklinde yorumlanmalıdır. Çünkü 1469 tarihli Bosna Sancağı icmal tahrir defterinde Bosna'da yalnızca 332 hane Müslüman nüfus kaydedilmiştir. Dolayısıyla fetihle birlikte toplu Müslümanlığa geçiş yaşanmadığı gibi, Sultanla Bosnalılar arasında da bu yönde bir anlaşma yapılmamıştır. Nitekim Fatih devri Kanunnamelerinde de Bosnalı Müslüman çocuklarının devşirilmesi hakkında bir kanun yoktur. bkz. s. 220-221.

nın hâsıl olması düşüncesi ile çocuğun eğitime müsait biri olması üzerinde önemle durulmuştur. Bu şekilde dikkat ve özen göstererek seçilen çocukların kul olduktan sonra hangi hak ve yükümlülüklerle sahip olduklarını incelemek gerekmektedir.

## VI. KUL OLAN KİŞİLERİN HAKLARI VE YÜKÜMLÜKLERİ

Osmanlı toplumu belirttiğimiz üzere yönetici sınıfı ve reaya olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Yönetici sınıf seyfiye, kalemiye, ilmiye ve saray hizmetlileri olmak üzere dört gruptan oluşmuştur. Reaya ise yönetici sınıfın dışında kalan halktır. Osmanlı Devleti'nin yapısından dolayı halkın içerisinde hem Müslüman hem de gayrimüslim kimseler bulunmuştur. Halktan kimselerden olan gayrimüslim çocuklar kul sistemi aracılığı ile yönetici sınıfa geçebilmişlerdir. Devşirilen çocuklar devletin çeşitli kademelerinde çalışma imkânına ulaşmışlardır. Devşirme kökenli kullar saraya alınarak ayrıcalıklı muamele görmüş ve en önemli mevkilere gelmişlerdir.

Fatih Sultan Mehmet ile beraber 15. yüzyıldan itibaren Osmanlı padişahları icra gücünün kullanımını yalnız kullarına vermeye başlamıştır. İstanbul'un fetihinden 19. yüzyıla kadar bazı istisnalar dışında vezir-i azamlar kul menşeli kişilerden seçilmiştir<sup>68</sup>. Hatta belli bir zaman sonra ulema, vezir-i azamlığı yalnızca padişah kullarına mahsus bir makam saymıştır<sup>69</sup>. Fatih Sultan, sadrazamları kullarından seçtiği gibi, idarenin her kademesinde de özellikle kullarını kullanmıştır. Böylece valiler, tımarlı sipahiler, vergi tahsildarları ve padişah yasağını uygulamaya yetkili kimseler kullardan seçilmiştir<sup>70</sup>. Bosnalı fakir bir aile çocuğu olan Varvarî Ali'nin kul sistemi sayesinde çobanlıktan valiliğe, daha sonra ise paşalığa yükselmesi, bu duruma güzel bir örnektir<sup>71</sup>.

Kulların yönetici sınıfında olmaları, onlara başka hak ve yetkiler de getirmiştir. Birçok imtiyaza sahip olmuşlardır. Bunların başında reayanın verdiği çoğu vergiden muaf olma gelmektedir. Yine önemli mevkilerdeki kullara "has" adı altında geliri oldukça fazla olan tımar toprakları verilmiştir<sup>72</sup>.

Bunların dışında, Kanuni Sultan Süleyman devrinde yürürlüğe konan 932/1525 tarihli Bozok Sancağı Kanunnamesi'nin 37. maddesindeki hüküm şu

<sup>68</sup> **Avcı, Mustafa** (2017) Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 6. Baskı, Konya, As Atlas Akademi, s. 117.

<sup>69</sup> **İnalçık**, s. 206.

<sup>70</sup> **İnalçık**, s. 118.

<sup>71</sup> Varvarî Ali Paşa, otobiyografisini ele aldığı *Mâkâlat-ı Varvarî* adlı 175 beyitlik mesnevisinde 43 yıllık yaşamını kaleme almıştır. Söz konusu eserin analizi için bkz. **Gökalp, Haluk** (2006) "Çobanlıktan Valiliğe, Valilikten Asillığe: Varvarî Ali Paşa ve Mâkâlat-ı Varvarî", İlmî Araştırmalar, S: 22, s. 111-134.

<sup>72</sup> **Cin/Akyılmaz**, s. 525-526.



şekildedir: “Kulluğa buyurulmuş sipahiye ra‘iyyet el kaldırmaya, eğer kaldırırsa on altın alma.”<sup>73</sup>. Kulluğa seçilmiş olan siphahilere el kaldırmak özel olarak cezalandırılmış; böylece onların ayrıcalıklı bir konumlarının olduğu hüküm altına alınmıştır.

Kulların sahip olduğu hak ve yetkiler babadan oğula geçmemiştir. Avrupa’da olduğu gibi irsi bir aristokrasi söz konusu olmamıştır. Tımar dağıtımı da irsi değildir; sistem böyle bir gelişmenin olmaması için merkezi bürokrasi tarafından sıkı bir şekilde kontrol altında tutulmuştur<sup>74</sup>. Bu bağlamda kullara hak ve yetkilerin yanında, birtakım yükümlülükler ve kısıtlamalar getirilmiştir.

Kulların ilk ve en temel yükümlülükleri, devlete ve padişaha sadık olmalarıdır. Kul statüsünde onların yüksek konum ve zenginliğe ulaşmaları, ancak devlete ve padişaha sıkı sıkıya bağlılıkları ile söz konusu olmuştur. Bu bağlılık hem merkez hem de taşra teşkilatında söz konusu olmuştur. Çünkü taşradaki beylerbeyi, sancakbeyi ve diğer yöneticileri de bizzat Osmanlı padişahı tarafından atanmıştır<sup>75</sup>. Bu kapsamda kulların mirasçısı devlet olmuş ve uygulamada devlet hazinesi kulların mallarına el koymuş; yani müsadere edebilmiştir. Üstelik müsadere yalnızca bir ceza olarak uygulanmamış; kul olan üst düzey devlet adamları öldükten sonra feraiz hükümlerine göre terekeleri mirasçılara paylaştırılmadan doğrudan beytülmal aktarılmıştır<sup>76</sup>. Yani kulların miras hakkı olmamıştır. Kulların mal güvenliği olmadığı gibi, can güvenliği de olmamıştır. Padişah kullarını cezalandırabilmiş; hatta onlar hakkında yargılama yapmadan re’sen yaptığı soruşturma ile idam kararı verebilmiştir. Padişah hükümde yalnız kalmamak için fetvaya da dayanabilmiştir; bu durumda fetvaya münhasır bir yargılamanın olduğu söylenebilir<sup>77</sup>. Bazen ise padişah en ufak bir soruşturma yapmaksızın siyaseten katl kararı verebilmiştir<sup>78</sup>.

Ayrıca şunu belirtmek lazım; kul olan kimseler yönetici sınıfın her kademesine ulaşabilseler de ilmiye sınıfına dâhil olamamışlardır. Ulemaya yalnızca Türk ve Müslüman olan kimseler alınmıştır. Bunun dışında ulema, diğer yönetici

<sup>73</sup> Akgündüz (1993), s. 229.

<sup>74</sup> İnalçık, s. 214.

<sup>75</sup> Akyılmaz (1999), s. 126.

<sup>76</sup> Cin/Akyılmaz, s. 128. Yönetici sınıf açısından müsadere uygulaması ve bu konudaki arşiv belgesi örneği için bkz. Akyılmaz, Gül (2010) “Osmanlı Devleti’nde Yönetici Sınıfı Açısından Müsadere Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atilla Özer’ Armağan, C:12, S: 1-2, s. 391-417.

<sup>77</sup> Mumcu, s. 90.

<sup>78</sup> Mumcu, s. 92. İkinci’ye göre kullar üstün meziyetleri ve biraz da şansları ile önemli statülere gelmişlerdir. Bu kapsamda “nimet, külfet karşılığdır!” düsturu benimsenmiştir. Padişahın sonra gelen kişi olan vezir-i azamlar bile en ufak hatalarından dolayı siyaseten katl gibi ağır yaptırımlara uğrayabilmişlerdir. bkz. İkinci, s. 258.

sınıfına dâhil olan kimselere göre daha avantajlı bir konuma sahip olmuştur<sup>79</sup>. Askeri sınıftaki kulların aksine, ulemanın padişaha karşı can ve mal güvenliği büyük ölçüde korunmuştur.

Anlaşıldığı üzere kullar birçok hak ve yetkiye sahip olmuşlar; çok önemli makam ve mevkilere ulaşabilmişlerdir. Ancak kulların bu hak ve fırsatların yanında bazı yükümlülükleri olmuş ve onlar birtakım kısıtlamalara tabi tutulmuşlardır. İşte kul olma sürecinin ve onlara getirilen kısıtlamaların şer'i hukuka uygun olup olmadığı konusu incelenmesi gereken önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

## VII. KUL SİSTEMİNİN İSLAM HUKUKUNA AYKIRI OLUP OLMADIĞI MESELESİ

Kul sisteminin İslam hukukuna aykırı olup olmadığı oldukça tartışmalı bir meseledir. Öyle ki konunun farklı açılardan incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mesele zimmilik ve kölelik statüleri bakımından ayrı ayrı tahlil ve tenkit edilmeye çalışılacaktır.

### A. ZİMMET ANLAŞMASI AÇISINDAN

Zimmet kelimesi “*ahd*” ve “*eman*” anlamlarına gelirken; zimmet akdi de gayrimüslimlerin ebedi olarak Müslümanların zimmetinde, yani ahd ve emanında kalması ve Darü'l-İslam'da sürekli oturma hakkına sahip olması şeklinde tanımlanmıştır<sup>80</sup>. İslam devletinin egemenliğini ve otoritesini tanıyan gayrimüslimler, zimmi statüsüne sahiptirler ve imparatorluğun dışında yaşayan ya da diğer gayrimüslimlerden farklı şekilde muamele görürler. Zimmiler ve devlet arasında bir anlaşma söz konusudur. Zimmet anlaşması denilen bu akde göre zimmilerin canı ve malı İslam devleti tarafından korunur; zimmiler ise bunun karşılığı olarak devlete vergi verir ve İslam hukuku hükümlerine tabi olur. Osmanlı Devleti'nde zimmilerin verdiği vergiler, haraç ve cizyedir. Haraç, toprak ve ürün üzerinden alınan bir vergi iken; cizye, zimmilerin askerlik yapmamaları karşılık verdikleri bedeldir.

Birçok yazara göre kul sistemi zimmet anlaşmasına aykırıdır<sup>81</sup>. Bunun nedeni, zimmet anlaşması ile devlet tarafın zimmilerin can ve mal güvenliği garanti altına alınması gerekirken bizzat devlet tarafından bunun ihlal edilmesidir. Kul sistemi ile bir İslam devleti olan Osmanlı, zimmilerin can ve mallarını, din ve vicdan özgürlüklerini korumamıştır. Öyle ki küçük yaştaki çocuklar ailelerinden

<sup>79</sup> Evrensel/Mix, s. 13.

<sup>80</sup> Kenanoğlu, M. Macit (2017), Osmanlı Millet Sistemi Mit ve Gerçek, 4. Baskı, İstanbul, Klasik, s. 33.

<sup>81</sup> Palmer, J. A. B. (1953) “The Origins of the Janissaries”, John Rylands Library Bulletin 35, N: 2, pp. 464 vd.; Cin/Akyılmaz, s. 131; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 208.

koparılmış ve özgürlükleri ellerinden alınmıştır. Daha sonra dinleri değiştirilmiş, malları müsadere edilebilmiş ve öldürülebilmişlerdir. Bu nedenle Osmanlı ulul'emrinin İslam hukukunun bir müessesesi olan zimmet anlaşmasına aykırı olarak bir örfi hukuk düzenlemesi ile kul sistemini ortaya koyduğu ileri sürülmektedir.

Karşı görüşteki bazı yazarlara göre ise kul olan kimselere hiçbir zaman gerçek anlamda zimmi statüsü verilmemiştir; bu nedenle İslam hukukuna aykırı bir uygulama söz konusu değildir<sup>82</sup>. Onlara göre, Osmanlılar devşirme usulünü Şafii Mezhebinde yer alan bir görüşe göre gerçekleştirmişlerdir. Bu görüş, İslamiyet'in doğuşundan sonra bir semavi dine girenleri zimmet ehli sayılmamakta, dolayısıyla onların çocuklarının da devşirme olarak alınması zimmet anlaşmasına aykırı olarak görmemektedir. Sırlar, Bulgarlar, Hırvatlar, Rumlar, Arnavutlar ve Ruslar İslamiyet'in ortaya çıkmasından sonra Hristiyanlığı kabul ettikleri için zimmet ehli kabul edilmemiştir. Yahudi, Rum ve Ermeniler ise İslamiyet'in doğuşundan önce Yahudi ve Hristiyan oldukları için zimmet ehli sayılmışlardır. Ancak bu görüşü zayıf ve geçersiz kılan durum, Yahudi, Rum ve Ermenilerin de kul olarak yetiştirilmeleridir. Yine de Yahudilerin savaş için uygun olmadıkları yahut Çingenelerin güvenilmez oldukları düşünceleri ile daha az tercih edildiklerini ifade etmek gerekir<sup>83</sup>.

Bazı yazarlara göre ise zimmilerin devşirmeleri, cizyenin alınmaması ile açıklanabilecek ve İslam hukukuna uygun bir durumdur. Bu görüşe göre, zimmiler cizyeyi, yani askerlik yapmadıkları için ödemek zorunda oldukları vergiyi, devşirilip askeri-idari kadroya dâhil olarak aynı şekilde ödemektedirler<sup>84</sup>. Çünkü İslam devletinin ihtiyaç duyduğu zamanlarda zimmilerden cizye almaktan vazgeçip onların fiilen asker olarak hizmet etmelerini istemesi de meşru kabul edilmektedir. Bu konuda İslam devletinin ihtiyaca göre bir takdir hakkının bulunduğu söylenebilir. Buna göre Osmanlı Devleti'ndeki devşirme uygulamasını zimmilerden istenen mecburi askerlik hizmeti olarak yorumlamak mümkündür. Devşirme olarak fiilen hizmet edenlerden cizye alınmaması da bu yorumu güçlendirmektedir. Ancak bu görüşü zayıflatan durum ise, devşirilen kişilerin hepsinin askerlik görevlerinin olmamasıdır. Yönetici sınıfında farklı görevleri olabilen kulların çoğunun askerlikle bir bağlantısı yoktur. Bu nedenle mecburi askerlik hizmetiyle kurulacak alaka da zayıf durmaktadır.

Erdem ise çok daha farklı bir bakış açısı ortaya koyarak devşirme olarak alınan çocukların ebeveynleri ile baştan hiç zimmet anlaşması yapılmadığını, bu nedenle söz konusu aile mensuplarının köle olduklarını savunur. Böylece köle

<sup>82</sup> Wittke, Paul (1955) "Devşirme and Sharia", Bulletin of the School of Oriental and African Studies 17, N: 2, pp. 276 vd.; Demir, s. 23-24.

<sup>83</sup> Yılmaz (2009), s. 121.

<sup>84</sup> Yılmaz (2009), s. 120; Özcan, s. 256.

anadan doğan çocuğun da köle olduğunu ve İslam hukukuna aykırı bir durumun var olmadığını savunur<sup>85</sup>. Ancak böyle bir düşünüş, zimmilik müessesini tamamen ortadan kaldırmaya yönelmektedir. Çünkü her gayrimüslim ailenin çocuğunun devşirilebilme ihtimali söz konusudur. Bu durumda bütün gayrimüslimler zimmi değil; esir veya köle kabul edilmiş olacaktır ki, bu da doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Kul sisteminin zimmet anlaşmasıyla çatışmadığını ve İslam hukukuna uygun olduğuna ilişkin getirilen yorumların doğruluğu tartışmalı olduğu gibi, zimmet anlaşmasına uygun olmadığına ilişkin getirilen görüşler de tam isabetli gözükmemektedir. Genellikle kul olan kimselerin can ve mal güvenliğinin sağlanmadığı, bu nedenle zimmet akdinin ihlal edildiği ifade edilmektedir. Hâlbuki devşirilip kul olan çocuklar, artık Müslüman olmaktadır. Bu nedenle artık devşirilen çocuk açısından Müslüman olan bir kimsenin haklarına hâle gelip gelmediği tartışılmalıdır. Zimmet anlaşmasına aykırılık ise kul yapılan çocuğun zimmi anne ve babası bağlamında incelenmelidir. Bu bağlamda “fitrat hadisi” ve Osmanlı’nın Türkleştirme ve İslamlaştırma amacı ile hareket edip etmediği üzerinde durulmalıdır.

### 1. Osmanlı’nın Politik Bir Amacının Var Olup Olmadığı

İlk olarak kısaca üzerinde durulması gereken mesele, kul sisteminin Osmanlı yürüttüğü bir Türkleştirme ve Müslümanlaştırma siyasetinin olup olmadığıdır. Gibbons’a göre Osmanlı Devleti, devşirme sistemini Türkleştirme ve İslamlaştırma politikalarından dolayı üretmiştir<sup>86</sup>. Yurtseven’e göre ise, İslami terbiye ile devşirilen çocukların yetiştirilmesi, uzun vadede “toplumsal devşirme” harekâtıdır. Bu işlemle, üstü kapalı bir İslamlaştırma ve İslam dinini yayma amacı söz konusudur<sup>87</sup>. Ancak şunu söylemek gerekir, eğer Osmanlı Devleti’nin amacı Türkleştirme ve Müslümanlaştırmak olsa idi; Osmanlı daha kuruluş yıllarından itibaren bu yola başvurabilirdi. Bu nedenle Türkleştirme ve İslamlaştırma iddiasını yerinde kılmayan şey sistemin tamamen zarurettten doğmuş olmasıdır. Öyle ki ne zaman fetret devriyle birlikte asker ihtiyacı zuhur etmiş o zaman böyle bir yola gidilme fikri ortaya atılmıştır. Ayrıca Osmanlı’nın fethettikleri yerleri Türkleştirmek ve İslamlaştırmak için iskân ve sürgün gibi daha değişik yöntemler uyguladıkları bilinmektedir<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Erdem, Y. Hakan (2004) Osmanlı’da Köleliğin Sonu 1800-1909, (Çeviren: Tırmakçı, Bahar), 1. Baskı, İstanbul, Kitap Yayınevi, s. 19-20.

<sup>86</sup> Özcan, s. 257.

<sup>87</sup> Yurtseven, s. 1449.

<sup>88</sup> Özcan, s. 257.

Ayrıca kul olan kimselerin asıllarını unutmadıkları, istedikleri zaman onları bulma imkânına sahip oldukları bilinmektedir. Kullar doğdukları yerleri ve ailelerini bulabilmişler; onlarla bağlarını sürdürebilmişlerdir. Örneğin Sokullu Mehmet Paşa, doğduğu yere özel himaye vermiştir<sup>89</sup>. Bu da kul sistemi ile, Türkleştirme ve Müslümanlaştırma gibi bir politikanın güdülmediğini gösteren delillerden biridir.

Şüphesiz Osmanlı Devleti, devşirme ve kul sistemi ile bir politik amaç gütmüştür. Ancak buradaki ilk hedef, askeri bir ihtiyacı gidermeye yönelmiştir. Fatih'ten sonra ise daha çok merkezileşmeyi sağlamak, tüm güçlerin padişahta toplandığı bir egemenlik anlayışını meydana getirmek için kul sistemine geçilmiştir. Böylece ulema hariç yönetici sınıf, kul olan kimselerden oluşmuş; tek ve bölünmez bir egemenlik padişahın kişiliğinde toplanmıştır. Ancak küçük yaştaki çocukların Müslümanlaştırılmasının İslam hukukuna göre mümkün olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir.

## 2. “Fitrat Hadisi” Bağlamında

Çocuk yaştaki kimselerin Müslüman yapılması ve daha sonra Türklerin yanında eğitime gönderilmesinin zimmet anlaşmasına aykırı bir durum olmadığına ilişkin getirilen yorum “fitrat hadisi” üzerinden de olmuştur. Söz konusu hadis “*Her doğan, fitrat üzere doğar. Sonra anne babası onu Yahudi yahut Hıristiyan veya Mecûsî yapar...*”<sup>90</sup> şeklindedir. İslam âlimlerine göre “fitrat” ile anlaşılması gereken, Kur’an’da Rum suresinin 30. ayetinde de geçen “hak din” olmalıdır. Yani her çocuk İslam dini üzerine doğar daha sonra anne ve babası onu farklı bir dini seçmeye yönlendirir. Bu açıdan hadis, eğitim ve çevre faktörü ile çocukların hak dinden saptıklarını ortaya koymaktadır<sup>91</sup>.

Kişi, içinde bulunduğu toplumun geleneklerine, kültürüne ve dinine göre yetişir. Nitekim hadiste geçen Musevilik, Hıristiyanlık ve Mecûsilik o çağdaki ve coğrafyadaki belli başlı dinleri ifade etmektedir. Hıristiyanlığı benimsemiş olan Roma devleti, Hicaz bölgesine hâkimdi; çağın en büyük devletinden biri olan Sasanî, Mecûsî idi ve Medine’de Müslümanların muhatap olduğu kişiler daha çok Yahudî kabileleriydi<sup>92</sup>. Bu dinlere mensup anne babaya sahip çocuk, o ortamda büyüdüğü için inancı da onlardan etkilenerek değişecektir. Bu bağlamda devşirme sistemi ile özenle seçilen çocuklar anne ve babasından alınarak Türk ailelerinin yanına verilmiştir. Türk’e verilen çocuk Türkçeyi, Türk gelenek ve göreneklerini

<sup>89</sup> Yılmaz (2009), s. 128.

<sup>90</sup> Buhârî, Cenâ’iz, 79, 80, 93; Müslim, Kader, 22-25.

<sup>91</sup> Işık, Mustafa (2013) “Fitrat Hadisi’nin Osmanlı’nın Devşirme Sisteminde Hayata Aksedişi”, Turkish Studies - International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, V: 8/6, s. 324.

<sup>92</sup> Işık, s. 326.

ve Müslümanlığı öğrenmiştir. Böylece çocuğun çevresi ve çocuğa verilen eğitim, fitratı olan İslam dini üzerine olmuştur. Bu bağlamda Işık'a göre devşirme sistemi, fitrattan uzaklaşma yolunda olan gençleri, eğitim-öğretim, çevre değişikliği ve sosyalizasyon yoluyla fitratın yoluna döndürme çalışmasıdır<sup>93</sup>.

İslam hukukçuları, iyiyi kötüden ayırt edebilme yetisi olan temyiz gücünün 7 yaşından itibaren kazanılmaya başlandığını kabul ederler. Ergenlik için ise İslam hukukçuları alt ve üst yaş sınırları tespit etmiştir. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre kızlarda alt sınır 9 üst sınır 15; erkeklerde alt sınır 12 üst sınır 15 olmuştur. Ebu Hanife'ye göre ise, kızsarsa alt sınır 9 üst sınır 17; erkeklerde alt sınır 12 üst sınır 18'dir. Osmanlı hukukunda uzun yıllar İmameyn'in görüşleri kabul edilmiş ve Mecelle'de de bu görüş yerini almıştır<sup>94</sup>. Devşirmelerin 15. ve 16. yüzyıllarda genellikle 8-18 yaşları arasında toplandığı dikkate alınırsa burada çocukların temyiz kudretine sahip oldukları ortadadır. Ancak ergin olup olmadıkları noktasında net bir şey söylemek mümkün değildir; çünkü İmameyn'in görüşü kabul edildiği için erkekler için erginlik 12-15 yaş arasında gerçekleşmektedir. Ergin olmayanlar için henüz bir dinle yükümlü olmadıklarından dolayı, bu kimselerin anne ve babaları tarafından başka bir din benimsetilmeden önce, hak din olan İslam'ı seçmelerini sağlama gayreti söz konusudur.

Ergin olmayan kimselerin bir dini seçmeden önce Müslümanlaştırıldığı ve hak dini seçtikleri fitrat hadisi bağlamında değerlendirilebilir. Yine ergin olmayan çocukların eda ehliyetine sahip olmadıkları için zimmet anlaşmasının tarafı olmayacağı mantığı ile hareket edilmiş yorumu getirilebilir. Her ne kadar bu tahliller ergin olmayan çocuklar için yapılsa da; 15 yaşından büyük her halükarda ergin olmuş çocuklar için geçerliliği olmayacaktır. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere 17. yüzyıldan sonra daha çok 15 yaşından büyük, yani ergin çocuklar devşirilmiştir. Bu asırlarda Osmanlı Devleti hazır ve acil asker ihtiyacının var olmasından dolayı pragmatik hareket ederek kuralları zorlamıştır diyebiliriz. Ayrıca fitrat hadisinin yine zimmet anlaşması ile çatıştığını da söylememiz gerekir. Çünkü her ne kadar hak din olan İslam devşirilecek çocuklara benimsetilmek istense de, çocuğun anne-babasından koparılması, ebeveynler açısından zimmet anlaşmasına aykırı durmaktadır. Çünkü en az canı ve malı kadar değerli olan çocukları kendilerinden koparılması zimmet anlaşmasına aykırıdır. Kul sistemi ile zimmi ebeveynlerin kendi çocuklarını, kendi kültür ve dinlerine göre yetiştirme hakkı ellerinden alınmaktadır<sup>95</sup>. Yine bu durum zimmilere tanınan eğitim ve öğretim hak-

<sup>93</sup> Işık, s. 329.

<sup>94</sup> Cin/Akılmaz, s. 242.

<sup>95</sup> Yurtseven, s. 1448.

kının ihlali niteliğinde de durmaktadır. Bu nedenlerle ergin olmayan çocuğun devşirilmesi fitrat hadisi ile açıklanabilse de; zimmet anlaşmasında anne ve babanın korunan değerleri ile çatışmaktadır.

Bir diğer üzerinde durulması gereken husus ise, devşirilecek çocuğun ebeveynlerinin kendi rızaları ve istekleri ile çocuklarını devlete vermeleridir. Kayıtlar incelendiğinde çok sayıda olmasa da, bu türlü taleplerin olduğu görülmektedir. Özellikle bazı kayıtlarda çocuğun “kendi isteğiyle” verildiği ifadesi düşülmüştür<sup>96</sup>. Bu durumda ergin olmayan çocuklar için zimmet anlaşmasına aykırı bir durum olduğu söylenemez. Çünkü anne ve baba kendi rızaları ile çocukları teslim etmektedir. Ebeveynler açısından can ve mal ihlali söz konusu olmaz. Yine çocuk için de henüz bir din seçmediği için İslam hukuku açısından sakınca doğmayacaktır. Ancak ergin olan çocuklar için anne ve baba verse dahi, çocuğun kendi rızasının olup olmadığına bakmak gerekir. Aksi halde din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği ve zorla ergin kimsenin devşirildiği bu nedenle zimmet anlaşmasına aykırı bir durumun söz konusu olduğu yorumuna gidilebilecektir.

Kul olan kimseler daha sonra ulaştıkları makam ve mevkilerin yanı sıra birtakım yükümlülüklerle tabi tutulmuşlar hatta bazı kısıtlamalara maruz kalmışlardır. İşte kul olan kimselere getirilen kısıtlamaları ise kölelik statüsü bakımından incelemek gerekmektedir.

## B. KÖLELİK HUKUKU BAKIMINDAN (KULLARIN STATÜSÜ SORUNU)

İslam hukukunda kölelik müessesesi kabul edilmiştir. Ancak köleliğin kaynağı ikiye indirilmiş ve azat etme yolları arttırılmıştır. İslam hukukuna göre kölelik ancak savaş esirliği ve anadan doğma ile söz konusu olabilmektedir. Köleler efendilerinin emir ve buyruklarına bağlı konumda olmuşlardır. Fiil ehliyetleri de noksan kabul edilmiştir. Bu bağlamda özel hukuk işlemlerinde efendilerinin izni olmadan hareket edememişlerdir. Mesela efendisinin izni olmadan evlenememişler yahut bir mal satın alamamışlardır. Aynı şekilde ceza hukuku bakımından kısıtlamalara tabi tutulmuşlardır. Örneğin şahitlikleri kabul edilmemiştir. Yine hür bir vatandaşın alacağı cezanın genellikle yarısı kölelere verilmiştir. Bunların haricinde köleler satılabilmiş, kiralanabilmiş, rehin edilebilmiştir. Tüm bunlardan anlaşılacağı üzere İslam hukukunda köleler, hürler göre ikinci sınıf bir statüde olmuşlardır.

Yabancı literatürde bazı yazarlar, kul sistemini bir tür köle yetiştirme düzeni olarak görmekte; genç-çocuk Hristiyanların bu sistem ile zorla köleleş-

<sup>96</sup> 1498 tarihli bir Torba Kaydı'nda kendi isteğiyle yazıldığına dair Sokoloviçe köyünden (Bulgaristan) İstoban veled-i Dimitro'ya serh düşüldüğü tespit edilmiştir. Söz konusu kayıta yalnız bir tane böyle bir serh olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Bu durum gönüllü katılımların azlığını ortaya koymaktadır bkz. **Beydilli**, s. 452.

tirildiğini kabul etmektedir<sup>97</sup>. Oryantalist bakış açısına sahip olan yazarlar kul sistemini, köleliğin acımasız ve çaresiz bir şekilde dayatılması olarak görmektelerdir<sup>98</sup>. Oryantalistlere göre, Batı’da serbest subay varken, Doğu’da tam tersi köle tabanlı askeri sınıf vardır; bu da Doğu toplumlarının özerk kurumlardan yoksun olduğunu göstermektedir. Bu argüman, literatürdeki “oryantal despot” modelin temelidir. Buna göre Osmanlı toplumu keskin bir ikiliğe sahiptir. Öyle ki uyumlu ve itaatkâr olan reyanın oluşturduğu Osmanlı toplumunun üzerinde padişahın despotik gücü vardır ve bu gücün altında da devşirmenin tartışmasız sadakati yatar. İşte bu iki grubun itaatkâr ve sadık doğasından dolayı Osmanlı toplumunun, Batı’nın kent kültürünün en önemli özelliği olarak kabul edilen özgürlüğe ulaşmadığı ifade edilmektedir<sup>99</sup>.

Bazı Türk yazarlara göre de kullar köle statüsündedir. Çünkü padişah, kulu ve kölesi sayılan devşirmeleri istediği zaman öldürme hakkına sahip olmuştur. Yani kendisine üstün yetkiler verilen bu kulların bir anlamda hiçbir can güvenliği olmamıştır<sup>100</sup>. Yine müsadere, bir ceza olmanın ötesinde tüm yönetici sınıfa, yani kullara uygulanan bir sistem olmuştur. Yönetici sınıfa dâhil olanlar, sadece suç işlediklerinde değil; eceliyle öldüklerinde de malları müsadereye tabi tutulmuştur<sup>101</sup>. Bu nedenlerden dolayı kulların köle olduğu, hiçbir can ve mal güvenliği olmadığı ileri sürülmüştür. Erdem de, bu kişileri köle olarak kabul eder. Çünkü ona göre devşirilen çocukların ebeveynleri ile başta zaten zimmet anlaşması imzalanmamıştır. Bu nedenle devşirmelerin köle anadan doğan köle çocuklar olduğunu kabul eder. Delil olarak ender rastlanan bir durum olduğunu söylediği kulların azat edilmesini göstermekte-

<sup>97</sup> Pierre, A. Kleff (2018) “A Descant Regarding Devshirme: Slavery in the Ancient World”, s. 1, [https://www.academia.edu/37033503/A\\_Descant\\_Regarding\\_Devshirme\\_%C7%82\\_Slavery\\_in\\_the\\_Ancient\\_World](https://www.academia.edu/37033503/A_Descant_Regarding_Devshirme_%C7%82_Slavery_in_the_Ancient_World), s.e.t. 16.06.2019; Hain, Kathryn (2012) “Devshirme is a Contested Practice”, Utah Historical Review, V:2, s. 166.

<sup>98</sup> Öyle ki Epirus tarafından yakılan bir şarkı / ağıt örneği dahi verilmektedir:  
*“Be damned, Emperor, thrice be damned  
 For the evil you have done and the evil you do.  
 You catch and shackle the old and the archpriests,  
 In order to take the children as janissaries.  
 Their parents weep, their sisters and brothers, too  
 de.  
 And I cry until it pains me;  
 As long as I live I shall cry,  
 For last year it was my son and this year my brother”*  
 Bkz. Pierre, s. 7; Hain, s. 175; Yılmaz (2009), s. 122.

<sup>99</sup> Yılmaz (2009), s. 119.

<sup>100</sup> Konan, Belkas (2011) “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, S: 4, s. 263.

<sup>101</sup> Müsadere yöntemi, II. Mahmut zamanında kaldırılmıştır. Vaka-i Hayriye’nin hemen ardından çıkartılan ferman ile vefat eden kim olursa olsun mallarının müsadere edilemeyeceği, daha sonra 1838’de çıkartılan Ceza Kanunu ile memurlarının mallarının keyfi surette müsadere edilemeyeceği, nihayet 1839 yılında Tanzimat Fermanı ile mahkeme kararı olmaksızın ve ayırım yapılmaksızın kimsenin mallarının müsadere edilemeyeceği kabul edilmiştir. Mumcu, s. 153-155.



dir. II. Murat döneminde istisnai şekilde vasiyet ile yani “tedbir” usulü ile kullarını bağışladığını ifade etmiştir<sup>102</sup>.

Bazı Türk yazarlar ise, kulların klasik İslam kölelik anlayışıyla uyuşmadığını ifade etmişlerdir. Çünkü kullar hukuken özgür bireylerdir. Ayrıca kullar hak ve fiil ehliyetlerine de sahiptirler. Köleler gibi kiralanamazlar, satılamazlar, rehnedilmezler. Yine yönetici sınıfta olanların tebaa üzerinde geniş hakları olmuştur. Bununla beraber kul statüsü altında bunların padişaha karşı bağımlılıkları vardır. Padişahın buyurduğu özel hizmetleri yerine getirirler; emirlerine itaat ederler. Yine de Cin/Akyılmaz, kulları padişahın özel kölesi olarak tanımlar; bunun nedeni olarak da kulların can ve mal güvenliklerinin tamamen padişaha ait olmasına bağlar<sup>103</sup>. Mumcu’ya göre de, devlet hizmetinde oldukları süre boyunca kullar, alelade bir köleden farklı bir statüye tabi tutulmuşlardır. Devlet hizmetini yaparken hürlerle eşit seviyede yetkilerle donatılmışlardır. Ancak padişaha karşı hiçbir hakları olmamıştır. Bir “lutf” ile hayatları bağışlanan bu gayrimüslimler, Müslümanlaştırılarak “padişahın kölesi” olmuşlardır. Böylece hem kendi hayatlarını korumuşlar hem de akrabalarının varlıklarını güvence altına almışlardır. Ancak onlar lütuf icabı bağışlanan kölelerdir; padişah istediği zaman onları öldürebilme yetkisine sahip olmuştur<sup>104</sup>. Yurtseven de benzer şekilde, kulların İslam hukuku çerçevesinde bir çeşit köle kabul edildiğini ancak esasında İslam hukukundaki kölelerden farklı olduklarını belirtmiştir. Ona göre kullar, hak ve fiil ehliyetine ve geniş yetkilere sahip kişilerdir; ancak yine de padişahın kölesidirler ve hayatları padişahın iki dudağı arasındadır<sup>105</sup>. Beydilli ise, Padişah ile kul arasında çok daha yakın ve samimi bir ilişki olduğu üzerinde durur. Padişahın kulları “evlâtları” gibi gördüğünü; kulların da padişahı “babaları” olarak kabul ettiklerini ifade eder. Öyle ki, içlerinden liyakat gösterenlerin hükümdara damat olması aralarındaki bu özel hukuka işaret etmektedir<sup>106</sup>. Özcan da, devşirme uygulamasını köle sistemiyle bağdaştırmanın oldukça zor olduğunu belirtmiştir. Ona göre devşirmeler, hür olduklarında tereddüt bulunmayan gayrimüslim tebaanın çocuklarıdır. Yani hür anadan doğan kimselerdir. Bunlara “kul” denilmesinin nedenini padişahın hassa askeri olmalarıyla izah etmek gerektiğini söylemiştir. Hatta bazı eserlerde Osmanlı tebaası olan herkesin “padişahın mutî kulu” olarak nitelendirildiğini ifade etmiştir<sup>107</sup>. İncalcık ise, farklı bir bakış açısı getirerek Osmanlı hukukunda kölenin durumunun şer’i hükümlere göre daha iyileştirildiği üzerinde durmaktadır. Devlet hizmetindeki kulların, toplum nezdinde aşağı bir

<sup>102</sup> Erdem, s. 21-22.

<sup>103</sup> Cin/Akyılmaz, s. 128.

<sup>104</sup> Mumcu, s. 56-57.

<sup>105</sup> Yurtseven, s. 1446.

<sup>106</sup> Beydilli, s. 450.

<sup>107</sup> Özcan, s. 256.

konumda görülmediklerini; hatta bazı hallerde kul sıfatının bir nüfuz ve itibar vesilesi olduğunu ifade etmektedir<sup>108</sup>. Yılmaz'a göre ise, "kul" genelde İngilizceye "köle" olarak çevrilmiş olsa da, çok yönlü bir kelimedir. "Kul"un farklı kullanımları söz konusudur. En geniş anlamda kul, Osmanlı Devleti'nde yaşayan herkestir. Osmanlı tebaasının hepsi padişahın kulu olarak görülür. Dar anlamda kul, köle olsun olmasın sultanın askerleri ya da ona hizmet eden memurlarıdır. Üçüncü ve en dar anlamda kul ise, köle kökenli padişahın hizmetkârları için kullanılmıştır<sup>109</sup>. Karamuk da, yabancı literatürde baskın olarak dile getirilen köle tezinin birçok açıdan doğru olmadığını ileri sürmüş; özellikle Papoulia'nın tezine karşı argümanlarını ortaya koyarak kulların kendine özgün bir statülerin olduğunu vurgulamıştır<sup>110</sup>. Ayrıca bu sistemin önceki herhangi bir sistemle bağının olmadığını, "reayasını düzenli ve kurumlaştırılmış biçimde toplama düşüncesi bile, dolaysız ve kayıtsız şartsız göreneksel kurumlara bağlanamayacak kadar özgündür"<sup>111</sup> ifadesiyle dile getirmiştir.

Tüm bu yorumlardan yola çıkarak kul sistemine tabi olan kimselerin İslam hukuku anlamında köle olmadıklarını söylemek gerekir. Çünkü en başta İslam hukukuna göre kölelik ancak iki yolla mümkündür; savaş esiri olmak ve köle anadan doğmak. Devşirme kullar, zimmi de olsa, özgür anadan doğdukları için köle kabul edilemezler. Ayrıca bu kimseler devşirilerek Müslüman olmuşlardır. Başlangıçta var olmayan köle statüsü, Müslümanlaştırma yöntemi ile kazanılamaz. Yani bir kimsenin Müslümanlaştırılarak köle olması söz konusu olamaz. Bunun dışında kullar, yüksek mevki ve makamlara, tımar topraklarına ve servetlere sahip olmuşlardır. Bunları da yaşamları boyunca diledikleri gibi tasarruf edebilmişlerdir. Hatta kulların kendi köleleri dahi olabilmıştır<sup>112</sup>. Bunlar, fiil ehliyeti noksan olan kölelerin ulaşamayacağı ve yapamayacağı eylemlerdir. Ayrıca kulların satılma, kiralanma, rehnedilme gibi bir işleme konu olmasından da söz edilemez. Tüm bunlar göstermektedir ki kullar, klasik İslam hukuku anlamında köle statüsüne sahip değillerdi. Padişahın bir kimseye keyfi bir şekilde ceza verebilmesi, hatta ölmelerine hükmetmesi ise köle dahi olsa mümkün değildir. İslam hukukunda efendiler kölelerini öldürme hakkına sahip değillerdir. Bu açıdan da kulluk durumu kölelik ile bağdaşmaz. Ancak yapılan uygulama İslam hukukuyla da örtüşmez. Çünkü kullar Müslüman ve hür vatandaşlardır; bu nedenle yargılama olmaksızın verilen ölüm cezalarının herhangi bir statü ile izahı pek mümkün gözükmemektedir. Kulların mallarının müsadere edilmesine ilişkin ise, III. Selim'in

<sup>108</sup> İnalçık, s. 215.

<sup>109</sup> Yılmaz (2009), s. 127.

<sup>110</sup> Karamuk, Gümeç (1999) "Devşirmelerin Hukuki Durumları Üzerine", Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C: 16, s. 19-32.

<sup>111</sup> Karamuk, s. 30.

<sup>112</sup> Mumcu, s. 56.

yayınladığı hatt-ı hümayun konu açısından önem arz etmektedir. Söz konusu hatt-ı hümayunda devlet kapısından zengin olan kimselerden ölenlere ait olan malların ne ölenin varislerine ne de sultanın kendisine ait olduğu, bu malların din ve devlet adına sarf edilmek üzere tamamen hazineye alınacağı belirtilmiştir<sup>113</sup>. Dolayısıyla burada kulların mülklerinin efendi olarak görülen padişaha ait olmadığı vurgulanmaktadır. Malların padişaha değil, devlete ait olduğu ve devlet için harcanmak istendiği belirtilmektedir. Öyleyse kulların gerçek anlamda köle olmadıklarını; çoğunlukla buldukları konumdan dolayı hürlere göre farklı bazı yükümlülöklere ve kısıtlamalara tabi tutulduklarını söylemek gerekir.

### VIII. UYGULAMADA GÖRÜLEN OLUMSUZLUKLAR

Osmanlı Devleti için kul sistemi çok önemli bir kurum olmuştur. Çünkü söz konusu müessese, egemenliğin bölünmezliğinin oluşmasında kilit rol oynamasının yanı sıra, ülke yönetiminde istikrarı getirmiş ve ülke topraklarının genişlemesine büyük katkı sağlamıştır.

Kul sisteminin ne zaman sona erdiğine ilişkin kesin bilgiler olmadığı gibi onunla doğrudan alakalı olan devşirme usulünden de tam olarak hangi tarihlerde vazgeçildiği bilinmemektedir. Bu kapsamda Akgündüz'ün aktardığı bilgiye göre, Yavuz Selim döneminde devşirme kanunu kaldırılmışsa da 16. yüzyılın sonlarında tekrardan yürürlöğe konulmuştur<sup>114</sup>. Koçu, devşirme kanununun 17. asrın ikinci yarısına kadar yürürlökte kaldığını ifade etmektedir<sup>115</sup>. Pakalın ise, devşirme uygulamasının 18. yüzyılın ortalarına (1747) kadar devam ettiğini aktarmaktadır<sup>116</sup>. Bu bağlamda Lewis, 17. yüzyıldan itibaren yavaş yavaş devşirme sisteminden vazgeçilmesiyle birlikte Avrupa'ya fetihlerin durduğunu ve Osmanlı Devleti'nde gerileme döneminin başladığını belirtmiştir<sup>117</sup>.

Diğer taraftan, Osmanlı Devleti için son derece önemli bir yere sahip olan kul sisteminin uygulamasında hiçbir sıkıntı ve aksaklığın yaşanmadığını söylemek doğru olmayacaktır. Sistem her ne kadar özenli ve dikkatli bir şekilde yürütölmeye çalışılmışsa da, uygulamada sorunlarla karşılaşıldığı arşiv kayıtlarından anlaşılmaktadır.

<sup>113</sup> Karal, Enver Ziya (1942) Selim III. ün Hatt-ı Humayunları, 1. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, s. 33.

<sup>114</sup> Akgündüz (2008), s. 102.

<sup>115</sup> Koçu, s. 34.

<sup>116</sup> Pakalın, s. 448.

<sup>117</sup> Lewis, Bernard (2006) Ortadoğu'da Irk ve Kölelik, (Çeviren: Gürsel, Enver), 1. Baskı, İstanbul, Truva Yayınları, s. 23.

Uygulamada görülen en önemli sorunlardan biri, her gayrimüslim ailenin çocuklarını gönül rızası ile vermedikleri hususunda karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki bazen ebeveynler çocuklarını vermemek için vaftiz kayıtlarını tahrip etmiş yahut çocuklarını sünnet ettirip Müslüman gibi göstermiş ya da küçük yaşta evlendirmiştir<sup>118</sup>. Hatta kimi ebeveynler isyan ederek, devşirme memurlarına saldırmışlardır. Bu hususa ilişkin bir arşiv kaydı şöyledir: “*Acemi oğlanı devşirmekten dönen yeniçerilere saldırdıkları, öteden beri isyan üzere oldukları ve etraftaki diğer köylere zarar verdikleri bildirilen Bezreşte köyü ahalisinin başkalarına ibret olacak şekilde haklarından gelinmesi.*”<sup>119</sup>. Yine başka bir kayda göre, 1540 yılında Arnavutluk’ta İskenderiye’nin bir köyüne gelen devşirme memurlarına ebeveynler saldırılmışlardır. Benzer şekilde 1558 senesinde İlbasan çevresindeki köylüler, çocukları memurlara vermeyi reddederek, devlete isyan etmişlerdir. Hatta bazı anne babalar devşirilmek üzere İstanbul’a götürülen çocuklarını İstanbul’dan kaçırarak geri almışlardır<sup>120</sup>. Ancak arşiv kaydından da anlaşılacağı üzere, çeşitli yollara başvuran ebeveynlerin en ağır şekilde cezalandırılması istenmiştir.

Yalnızca ebeveynler aracılığıyla değil; devşirilmek üzere götürülen çocukların kendi çabaları ile kaçtıkları arşiv kayıtlarından anlaşılmaktadır. Bu duruma ilişkin bir mühimme kaydı ise şöyledir: “*Oğlan devşirmek için görevlendirilen Ferhad Bandırma’ya vardığında, Bandırma, Duduliman, Yeniceköy ve Erdek’in oğlanlarının Mirali ve Marmara adalarına kaçtıkları, Adalar’dan istendiğinde verilmedikleri bildirildiğinden, kaçan oğlanların buldurulması; direnenlerin küreğe konulmaları için isimlerinin bildirilmesi.*”<sup>121</sup>. Yine burada da devlet yetkililerince kaçak oğlanların bulunması ve cezalandırılması istenmektedir.

Yalnızca devşirilen taraftan kaynaklı sorunlar çıkmamıştır; aynı zamanda devşirme işlemini yapan memurların da doğurduğu birtakım problemler olmuştur. Devşirme işinde usulsüzlükler yapan ve rüşvet karşılığında kanunun uygun görmediği kişileri veya birinin yerine bir başkasını devşiren memurlar olmuştur. Bu duruma ilişkin bir kayıt şu şekildedir: “*Halktan kanunsuz olarak para aldığı ve devşirdiği çocukları tekrar ailelerine sattığı bildirilen acemi oğlanı devşirmekle görevli olan şahsın teftiş olunup hak sahiplerinin haklarının alınıp sahiplerine verilmesi ve adı geçenin eşyalarının bu iş için mübaşir tayin edilen Ferhad Subaşı marifeti ile aranıp para ve eşya cinsinden ne bulu-*

<sup>118</sup> Yılmaz (2009), s. 122.

<sup>119</sup> Yıldırım/Atik/Cebecioğlu ve diğerleri (1994), s. 157, Hüküm No: 959.

<sup>120</sup> Arşiv belgeleri için bkz. Yılmaz (2015), s. 910.

<sup>121</sup> Yıldırım, Hacı Osman/Atik, Vahdettin/Cebecioğlu, Murat/Çağlar, Hasan/Serin, Mustafa/Uslu, Osman/Yekeler, Numan (1998) 7 Numaralı Mühimme Defteri (975-976 / 1567-1569) Cilt I, Ankara, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, s. 21, Hüküm No: 45.

*nursa defter edilip defterin mühürlenerek Ferhad Subaşı'ya teslim edilmesi; ayrıca henüz devşirme yapılmamış yer var ise buraların oğlanlarının da yine Ferhad Subaşı tarafından devşirilmesi.*"<sup>122</sup>. Yine Trabzon'da sahte ferman ile devşirme yapmaya kalkışan iki kişi elleri kesilmek suretiyle cezalandırılmıştır<sup>123</sup>. Başka bir kayıтта görevini gereği gibi yerine getirmeyen Anadolu Ağası ve İstanbul'a oğlan devşirmeye memur olan Mehmet Ağa, şikâyetler üzerine devşirme hizmetinden alınmıştır<sup>124</sup>.

Uygulamadaki olaylar incelendiğinde hem devşirilen tarafın hem de devşiren tarafın sisteme karşı yaptığı olumsuz eylem ve davranışlarının olduğu görülmektedir. Bu nedenle ne kadar titizlikle yürütülen bir kurum da olsa, kul sisteminin uygulamada aksayan ve sorunlu olan yönleri olmuştur.

## SONUÇ

Osmanlı Devleti'ni diğer Türk devletlerinden farklı kılan en önemli özelliklerinden biri eskiden var olan kurumları veya sistemleri değiştirerek yahut yeni bazı düzenlemeler getirerek başarılı bir şekilde uygulamasıdır. Ayrıca yeni oluşturulan müesseselerle egemenliğin tek elde toplandığı merkeziyetçi yapı da Osmanlı'ya mahsus bir niteliktir. Kul sistemi, Osmanlı Devleti'nin en temel kurumlarından biridir. Öyle ki bu sistem de, eski Türk İslam devletlerinde var olan bir uygulamanın değiştirilmesi veya dönüştürülmesi ile meydana getirilmiştir. Osmanlı, İslam devletlerinde görülen, kölelerin devşirilerek askeri ve idari görevlerde kullanılması geleneğini yenileyerek, bambaşka bir sistem ve düzen ortaya koymuştur. Kul sistemi, Osmanlı Devleti'nin merkezileşmesinde de önemli bir rol oynamıştır. Bu nedenle söz konusu sistemin Osmanlı Devleti için ehemmiyeti büyüktür.

Kul sistemi, askeri-idari sınıf mensuplarının her kademesinde uygulanan bir müessese olmuştur. Sistem dikkatli ve titiz bir şekilde işletilmiştir. Nitekim devşirilecek çocukların seçiminden eğitime kadar özenli bir süreç izlenmiştir. Sağlıklı, güçlü, kuvvetli, zeki, fiziksel olarak kusursuz çocuklar ve gençler itina ile seçilmiştir. Asker olacak ve sarayda kalacak olanlar ayrı ayrı eğitime tabi tutulmuştur. Seçimine ve yetiştirilmesine bu derece kıymet

<sup>122</sup> Yıldırım/Atık/Cebecioğlu ve diğerleri (1994), s. 134-135, Hüküm No: 791.

<sup>123</sup> Özcan, s. 255.

<sup>124</sup> "Anadolu ağası olan ... ve ...'da oğlan devşirmeye me'mûr olan Mehmed Ağa'ya hüküm ki: *Hâlâ senin ba'zı şikâyetçilerin gelüp tazallüm eyledikleri ecilden sen hıdmet-i mezbûreden ref' olunup elinde olan emri Ramazan'a teslim itmen emr idüp buyurdum ki: Vardukda emrim üzere oğlan devşirmek için sende olan emri ve yanında ne mîkdâr oğlan var ise müşârin-ileyh Ramazan'a teslim eyleyesin, ta'allüleyyesin dirliğin dahi alınup hakkandan gelünür bilmüş olasın.*" bkz. Aytaç, Reyhan (2014) "66 Numaralı (H.997-998 / M.1589-1590) Mühimme Defteri (İnceleme-Metin)" (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, s. 291.

verilen devşirmelere, çok önemli görevler verilmiştir. Kullar, yönetici sınıfında itibarlı mevki ve makamları elde etmişlerdir. Vergiden muaf tutulmuşlar, ticaret yapabilmüşler, mülk edinebilmişler ve tımar sahibi olabilmüşlerdir. Bu servet ve konuları onlara birtakım yükümlülükleri ve kısıtlamaları da getirmiştir. Bu yükümlülüklerin en başında padişaha itaat ve sadakat gelmektedir. Kullar, padişahın tüm emir ve isteklerini yerine getirmekle mükelleftir. Onlara getirilen en büyük kısıtlamalardan biri, herhangi bir suç işlememelerine rağmen sahip oldukları mallarının öldükten sonra müsadere edilmesi olmuştur. Çünkü burada Osmanlı, devlet eliyle zengin olan bu kişilerin mallarının yine devlete kalması gerektiği mantığı ile hareket etmiştir. Bir diğer kısıtlama ise, padişahın kullarına her zaman yargılama yapmaksızın ceza verebilmesi ve hatta onların idamını isteyebilmesidir. Bu kısıtlamalar, kulların can ve mal güvenliğini tehdit eden durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kulların devşirilme süreçleri ve onlara yüklenen sorumluluklar ve getirilen kısıtlamalar, sistemin İslam hukuku ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. Zimmet anlaşması bakımından getirilen tartışmalar neticesinde şu söylenebilir ki, ergin olmayan çocuklarla zimmet anlaşması yapılmadığından ve bunların o yaşta herhangi bir dini seçme yükümlülükleri olmadığından, onlara hak din olan İslam'ı seçtirmek, İslam hukukuna uygun gözükmemektedir. Ancak burada çocuk açısından zimmet anlaşmasına aykırı bir hal olmasa da, en az canı ve malı kadar değerli olan ebeveynlerinin rızası dışında çocuklarına el konulmasının zimmet anlaşmasına aykırı bir durum olduğunu söylemek gerekir. Yine zimmi anne ve babanın çocuğu üzerinde sahip olduğu eğitim ve öğretim hakkının ihlalden de söz edilebilir. Bu açıdan çocuğun ve ebeveynlerin durumunun İslam hukuku anlamında çatıştığından bahsedilebilir. Ayrıca 15. ve 16. yüzyıllarda genel itibarıyla 8-18 yaş aralığındaki çocuklar devşirilirken; 17. yüzyıldan sonra yaş aralığı 15-20'ye yükselmiştir. Bundan dolayı özellikle 17. yüzyıldan sonra İmameyn'in görüşünü kabul eden Osmanlı hukukuna göre ergin olan gençler devşirilmiştir. Söz konusu yaş aralığındaki gençlerin rızaları olmadan devşirilmeleri, zimmet anlaşması gereği sahip oldukları din ve vicdan özgürlüklerinin ihlal edilmesi anlamını taşıyacaktır.

Kulların "köle" olup olmadıkları konusunda ise, klasik İslam hukuku anlayışı bakımından köle statüsüne girmediklerini açık bir şekilde söylemek gerekir. Çünkü İslam hukukunda köle olma iki durumda gerçekleşir: Savaş esiri olma ve köle anadan doğma. Bu iki hal de, kul oğlanlarında söz konusu değildir. Yine kölelerin efendilerinin izni olmadan evlenemeyeceği, mülk edinemeyeceği, ticaret yapamayacağı bilinmektedir. Kullar bu işlemlerin hepsini herhangi bir izne tabi olmadan yapabilmüş; hatta kendilerine köle bile tutabil-

mişlerdir. Ayrıca kölelerin satılması, kiralanması, rehnedilmesi gibi bir hukuki işleme konu olması durumu, kullar açısından söz konusu değildir. Kölelerin bulunduğu ikinci sınıf statü kullarda olmamış; tam tersine kullar ulaşılmak istenen yüksek bir statüye sahip olmuşlardır. Ancak kulların padişahın sözü ile yargılanmadan cezalandırılabilmesi ve öldükten sonra mallarının müsadere edilebilmesi, onların statülerini olumsuz yönde etkileyen durumlardandır. Yine uygulamada görülen kulların azat edilmesi hususu tartışmalı niteliktedir. Elbette bu uygulamaların sıklığının ne olduğu, her dönemde görülüp görülmediği çok geniş bir arşiv incelenmesine bağlıdır. Verilen örnekler her durumda uygulandığı anlamına gelmeyecektir. Tüm bunlar kulların köle olmadığını ancak hür olan kimselere göre bazı kısıtlamalara tabi olduğunu göstermektedir. Bu nedenlerle kulların ara bir forma veya kendine has bir statüye sahip oldukları söylenebilir.

Ayrıca kul sisteminin uygulamada hiçbir aksaklık olmadan işlediğini söylemek doğru değildir. Çünkü uygulamada, bazı ailelerin çocuklarını devşirme memurlarına vermemek için sünnet ettirme, evlendirme yahut isyan çıkarma gibi türlü yollara başvurdukları görülmektedir. Yine devşirmek için seçilen çocukların sürüden kaçmaları ya da kaçmaya teşebbüs etmeleri de uygulamada karşılaşılan durumlardandır. Bazen çocuklarını vermeyen aileler cezalandırılırken; kimi zaman da usulsüzlük yapan devşirme memurlarına yaptırımlar uygulanmıştır.

Devletler, gerek çalışan insan ihtiyacını karşılamak gerekse devlet işleyişini sağlayabilmek için, kendi tecrübelerinden yola çıkarak ve günün şartlarını göz önünde bulundurarak çeşitli yöntemlere başvurmuşlardır. Bu kapsamda kul sistemi, Osmanlı Devleti'nin insanı eğitime ve devlet hizmetine kazandırma, en önemli ve temel müesseselerinden biri olmuştur. Kul sisteminde olduğu gibi, günümüzde de zeki, çalışkan, disiplinli gençlerin iyi bir eğitim ile kamu hizmetlerinde çalışmalarının önünün açılması önemlidir. Kul sistemine benzer biçimde bugün de kamuda çalışacak personel seçiminde her zaman titiz ve dikkatli bir yol izlenmeli; ancak günün koşullarına uygun, hukuk sınırları içinde ve hak ihlallerinin en aza indirildiği usullerin belirlenmesi gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- Ahmed Refik** (1335/1919) “Eski Osmanlı Askerliği: On birinci Asr-ı Hicrîde Devşirme Usûlü”, Edebiyat-ı Umumiye Mecmuası, C: 1, S: 2, s. 46-48, [http://isamveri.org/pdfsom/D00852/1335\\_2/1335\\_2\\_REFIKA.pdf](http://isamveri.org/pdfsom/D00852/1335_2/1335_2_REFIKA.pdf), s.e.t. 01.03.2019.
- Akgündüz, Ahmed** (1990) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri / 2. Kitap II. Bâyezid Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Fey Vakfı.
- Akgündüz, Ahmed** (1992) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri / 4. Kitap Kanunî Devri Kanunnâmeleri I. Kısım Merkezî ve Umumî Kanunnâmeler, İstanbul, Fey Vakfı.
- Akgündüz, Ahmed** (1993) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri / 6. Kitap Kanunî Devri Kanunnâmeleri II. Kısım Eyâlet Kanunnâmeleri (II), İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Akgündüz, Ahmed** (1994) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri / 8/I. Kitap III. Murad Devri Kanunnâmeleri 8/II. Kitap III. Mehmed Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Akgündüz, Ahmed** (2006) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri / 1. Kitap Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Akgündüz, Ahmed** (2008) Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Yönetimi, 1. Baskı, İstanbul, Timaş Yayınları.
- Akyılmaz, Bahtiyar** (1999) “Osmanlı Devletinde Merkezden Yönetimin Taşra İdaresi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S: 4, s. 127-156.
- Akyılmaz, Gül** (2010) “Osmanlı Devleti’nde Yönetici Sınıfı Açısından Müsadere Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atilla Özer’ Armağan, C:12, S: 1-2, s. 391-417.
- Avcı, Mustafa** (2017) Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 6. Baskı, Konya, As Atlas Akademi.
- Aytaç, Reyhan** (2014) “66 Numaralı (H.997-998 / M.1589-1590) Mühimme Defteri (İnceleme-Metin)” (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü.
- Beydilli, Kemal** (2013) “Yeniçeri”, TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt 43, İstanbul, TDV Yayınları, s. 450-462.
- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2014) Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, Konya, Sayram Basım Yayım.
- Demir, Abdullah** (2017) “Osmanlı Devleti’nde Devşirme Sistemi”, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C: 1, S: 1, s. 19-27.
- Doğan, D. Mehmet** (2008) Büyük Türkçe Sözlük, 20. Baskı, İstanbul, Pınar Yayınları.
- Ekinci, Ekrem Buğra** (2017) Osmanlı Hukuku (Adalet ve Mülk), 5. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi.
- Erdem, Y. Hakan** (2004) Osmanlı’da Köleliğin Sonu 1800-1909, (Çeviren: Tırnakçı, Bahar), 1. Baskı, İstanbul, Kitap Yayınevi.
- Evrensel, Y. A./Mix, T.** (2017) “An Institutional Approach to the Decline of the Ottoman Empire”, Cogent Economics & Finance, V: 5, I: 1, pp. 1-16.



- Gökalp, Haluk** (2006) “Çobanlıktan Valiliğe, Valilikten Asillige: Varvarî Ali Paşa ve Mâkâlat-ı Varvarî”, İlmî Araştırmalar, S: 22, s. 111-134.
- Hain, Kathryn** (2012) “Devshirme is a Contested Practice”, Utah Historical Review, V:2, pp. 165-176.
- Hathaway, Jane** (2005) Beshir Agha: Chief Eunuch of the Ottoman Imperial Harem, London, Oneworld Publications.
- Işık, Mustafa** (2013) “Fıtrat Hadisi'nin Osmanlı'nın Devşirme Sisteminde Hayata Aksedişi”, Turkish Studies - International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, V: 8/6, pp. 309-332.
- İnalçık, Halil** (2017) Devlet-i 'Aliyye-Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar I, 60. Basım, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Kafadar, Cemal** (2010) İki Cihan Âresinde, (Çeviren: Çıkn, Ceren) 1. Baskı, Ankara, Birleşik Yayınevi.
- Karal, Enver Ziya** (1942) Selim III. ün Hatt-ı Humayunları, 1. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Karamuk, Gümeç** (1999) “Devşirmelerin Hukuki Durumları Üzerine”, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C: 16, s. 19-32.
- Kenanoğlu, M. Macit** (2017) Osmanlı Millet Sistemi Mit ve Gerçek, 4. Baskı, İstanbul, Klasik.
- Koçu, Reşad Ekrem** (2004) Yeniçeriler, 3. Baskı, İstanbul, Doğan Kitap.
- Konan, Belkıs** (2011) “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, S: 4, s. 253-288.
- Koyuncu, Aşkın** (2015) “Devşirme Tarihine Bir Derkenar: Bosna'nın İslamlaşması Ve Osmanlı Terminolojisinde Potur ve Potur Oğulları Terimlerinin Anlamı”: Koç, Yunus/Küçük, Serhat (Editörler), Türk Sosyal Tarihçiliğinde Bir “Yalnız” İsim Bahaeddin Yediylıldız'a Armağan, Ankara, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 213-259.
- Lewis, Bernard** (2006) Ortadoğu'da İrk ve Kölelik, (Çeviren: Gürsel, Enver), 1. Baskı, İstanbul, Truva Yayınları).
- Mumcu, Ahmet** (2017) Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, 4. Baskı, Ankara, Phoenix.
- Özcan, Abdülkadir** (1994) “Devşirme”, TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt 9, İstanbul, TDV Yayınları, s. 254-257.
- Pakalın, Mehmet Zeki** (1993) Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü Cilt I, 1. Baskı, İstanbul, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları.
- Palmer, J. A. B.** (1953) “The Origins of the Janissaries”, John Rylands Library Bulletin 35, N: 2, pp. 448-481.
- Pierre, A. Kleff** (2018) “A Descant Regarding Devshirme: Slavery in the Ancient World”, [https://www.academia.edu/37033503/A\\_Descant\\_Regarding\\_Devshirme\\_%C7%82\\_Slavery\\_in\\_the\\_Ancient\\_World](https://www.academia.edu/37033503/A_Descant_Regarding_Devshirme_%C7%82_Slavery_in_the_Ancient_World), s.e.t. 16.06.2019.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1984) Osmanlı Devlet Teşkilatında Kapıkulu Ocakları I, Ankara, TTK Yayınları.

- Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal** (2015) *Türk Hukuk Tarihi*, 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Witteck, Paul** (1955) "Devshirme and Sharia", *Bulletin of the School of Oriental and African Studies* 17, N: 2, pp. 271-278.
- Yaşar, Yücel** (1974) "Osmanlı İmparatorluğunda Desantralizasyona (Adem-i Merkeziyet) Dair Genel Gözlemler", *Bellekten*, C: 38, S: 152, s. 657-708.
- Yıldırım, Hacı Osman/Atik, Vahdettin/Cebecioğlu, Murat/Çağlar, Hasan/Serin, Mustafa/Uslu, Osman/Yekeler, Numan** (1998) *7 Numaralı Mühimme Defteri (975-976 / 1567-1569) Cilt I*, Ankara, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı.
- Yıldırım, Hacı Osman/Atik, Vahdettin/Cebecioğlu, Murat/ Demirbaş, Uğurhan/Karazeybek, Mustafa/Safi, Muhammed/Serin, Mustafa/Uslu, Osman/Yekeler, Numan/Yıldırım, Zahit** (1994) *5 Numaralı Mühimme Defteri (973 / 1565-1566)*, Ankara, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı.
- Yılmaz, Gülay** (2009) "Becoming A Devşirme: The Training of Conscripted Children in the Ottoman Empire": Campbell, Gwyn/Miers, Suzanne/Miller, Joseph C. (Editors), *Children in Slavery Through the Ages*, Ohio, Ohio University Press, pp. 119-135.
- Yılmaz, Gülay** (2015) "The Devshirme System And The Levied Children Of Bursa İn 1603-4 A.D.", *Bellekten*, C: 79, S: 286, s. 901-931.
- Yurtseven, Yılmaz** (2008) "Osmanlı Kul Sistemi ve Veziriazam": Koçhisarlıoğlu, Cengiz/Tanrıverdi, Süha/Sargın, Fügen/Küçükgüngör, Erkan/Şenocak, Zarife/Demir, Mehmet (Yayın Kurulu), Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 1439-1456.

## OSMANLI YARGI TEŞKİLATINDA NAİB

Arş. Gör. Betül KAYAR\*

### ÖZET

Makalemizin konusunu, Osmanlı Devleti adli teşkilatı içerisinde görev alan naib teşkil etmektedir. Osmanlı Devleti adli teşkilatının temeli olan kadı hakkında çok çeşitli çalışmalar mevcut iken kadının en önemli yardımcısı olan naib hakkında çalışma sayısı pek fazla değildir. Adli işlerinin yanı sıra idari görevlerinde de kadıya yardımcı olan naib, kadı yerine atanabilmesiyle de ayrıca öneme sahiptir. Çalışmamızda şeriye sicilleri, mühimme defterleri, kanunnameler ve ruznamçelerden faydalanılarak naiblik kurumu hakkında teorik çıkarımlarda bulunulmuştur. Varmış olduğumuz sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz: Naibler kadının yardımcısı sıfatıyla adli ve idari işlerin yürütülmesinde kadının işlerini hızlandırmış ve kolaylaştırmış olup adaletin tesisinde önemli rol oynamıştır. Fakat ilerleyen dönemlerde çeşitli amaçlarla kadıların yerine atanmaları ve bu uygulamanın sıklaşması adli teşkilatın yozlaşmasında etkili olmuştur. Naiblik kurumu, usulüne uygun şekilde yürütüldüğünde ise adli teşkilata verim sağlamıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Osmanlı Devleti, Adli Teşkilat, Kadı Yardımcısı, Hâkim Yardımcısı, Naib.

---

\* \* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, betul.isik@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-0640-0457 (Geliş Tarihi: 21.06.2019 – Kabul Tarihi: 31.07.2019).

## “NAIB” IN THE OTTOMAN JUDICIAL SYSTEM

### ABSTRACT

The subject of this study is the “*naib*” within the judicial organization of the Ottoman Empire. While there is a wide variety of studies on the “*kadi*” which has the main role in the Ottoman judicial system, it seems that there are not many studies about “*naib*” though it is the most important assistant of the *kadi*. Assisting *kadi* in both his judicial and administrative duties, “*naib*” also has a special importance as it can be appointed as *kadi* to fulfill his mission. In this study, theoretical inferences about the *naib*ship were made by making use of *kadi* records, books of *mühimme*, codes and *ruznamçe* registers. Our conclusions can be summarized as follows: The *naibs* as *kadi*’s assistant, had accelerated and facilitated *kadi*’s work in the execution of judicial and administrative affairs and played an important role in the establishment of justice. However, in the following period their appointments instead of *kadis* for various purposes and especially the increase in this practice became effective in the degeneration of the judicial organization. Nevertheless, *naib*ship seems to be provided efficiency in the judicial system when it was duly carried out.

**Keywords:** The Ottoman Empire, Judicial System, Assistant of *Kadi*, Assistant of Judge, *Naib*.

## GİRİŞ

Osmanlı Devleti yargı teşkilatı, kendinden önceki İslam devletlerinin yargı teşkilatlarına benzerlik göstermekle birlikte çağının şartlarına göre gelişmiş ve farklılık arz etmiştir. Özellikle Abbasi ve Selçuklu Devletleri'nin adli yapısı ile benzerlik gösteren Osmanlı yargı teşkilatı, kadıların görev almış olduğu şeriye mahkemelerinin ön plana çıkması ile diğer devletlerden ayrılmıştır. Divan-ı Hümayun, vezir divanları, kazasker divanları, paşa divanları gibi çeşitli kazai merciler bulunmakla birlikte hukuki uyumsuzluklar esas olarak şeriye mahkemelerinde çözülmüştür. Şeriye mahkemelerinde kadılar yargı görevlerini icra ederken naib, suhüd'ül hal, kassam, kâtip gibi çok sayıda yardımcısı bulunmuştur<sup>1</sup>. Bunlar arasında en çok öne çıkan görevli ise naib olmuştur.

Naib, Osmanlı adli teşkilatında önemli bir yere sahip olduğu gibi Türk ve İslam devletlerinde de hem adli hem idari alanda yer almış önemli bir görevlidir. "Birinin yerine geçen, vekil"<sup>2</sup> anlamına gelen naib, ilk olarak devlet idaresindeki görevlilerin yerine geçici süre ile bakan kişiler hakkında kullanılmış olup hükümdar vekili olmaları sebebiyle vezirlere naib-i saltanat denilmiştir. Vali gibi taşra idarecilerinin yanı sıra müderris, kadı, müftü gibi kamu görevlileri kendi yerlerine naib atamıştır. Bunun dışında kadılar için de hükümdarın vekili olarak yargı görevini yürütmeleri sebebiyle naib ifadesi kullanılmıştır<sup>3</sup>.

Konu ile ilgili literatürde değerli çalışmalar mevcut olmakla birlikte başlı başına naiblik kurumunun incelendiği çalışma sayısı azdır. Bu çalışmalardan, Aydoğan Demir'in 1994 tarihli Bayburt Ulu Camii'nde Bir Osmanlı Ferman Kitabesi-Osmanlı Devleti'nde Naiplik çalışması, naiblik kurumu ile ilgili önemli bilgiler vermektedir. Söz konusu çalışmada Osmanlı Devleti'nde kadı naibinin üzerinde durulmuş, şeriye sicil kayıtlarından faydalanılmıştır. Hamiyet Sezer Feyzioğlu ve Selda Kılıç tarafından hazırlanan 2005 tarihli Tanzimat Arifesinde Kadılık-Naiplik Kurumu adlı çalışmada, Osmanlı'nın son dönemlerinde yaşanan kurumlardaki bozulma, kadı ve naib açısından incelenmiştir. İsmail Hakkı Uzunçarşılı'nın Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı adlı kitabı ile Mehmet İpşirli'nin

<sup>1</sup> Aydın, Mehmet Akif "Osmanlıda Hukuk: İhsanoğlu, Ekmeleddin" (Editör) (1994) Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, 1. Bası, İstanbul, Yıldız Matbaacılık, s. 391-404.

<sup>2</sup> Devellioglu, Ferit (2017) Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, 33. Baskı, Ankara, Aydın Kitabevi Yayınları, s. 937.

<sup>3</sup> Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed (1995) Türk Hukuk Tarihi 1. Cilt Kamu Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, s. 275.

Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi'nde yer alan naib başlıklı maddesi, yine Mehmet Zeki Pakalın'ın Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü'nde yer alan naip maddesi, naiblik kurumu ile ilgili önemli bilgiler içeren diğer çalışmalarlardır.

Çalışmamız ise naiblik kurumunun Osmanlı Devleti yargı teşkilatı içerisindeki konumunu, görev ayrımlarını, atama ve azledilme prosedürleri ve bu prosedürlere uyulup uyulmadığını başta şeriye sicilleri ve kanunnameler olmak üzere mühimme defterleri ve ruznamçe gibi farklı kaynaklardan da incelemesiyle diğer çalışmalardan ayrılmaktadır. Naib, adli teşkilat içerisinde yer almakla birlikte ne gibi görevler icra etmiştir? Bir mahkemede birden fazla naib bulunabilmiş midir? Bulunması halinde görevleri ayrılmış mıdır? 17. yüzyıl itibarıyla adli teşkilatın bozulmasında naiblik kurumunun etkisi nasıl olmuştur? Çalışmamızda cevap vermeye çalışacağımız sorulardan bazıları bu şekildedir.

## I. OSMANLI DEVLETİ YARGI TEŞKİLATI

Osmanlı Devleti kurumları incelenirken genel olarak klasik dönem ve Tanzimat sonrası dönem olmak üzere ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Klasik dönem, Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan itibaren başlayan, Osmanlı Devleti'nin ayırıcı özelliklerinin olduğu, Osmanlı uygarlığının geliştiği ve devletin kurumlaştığı dönemdir. Bu süreçte devletin gerileme sürecine girmesiyle birlikte çeşitli iyileştirme girişimlerinde bulunulmuş fakat Tanzimat dönemine kadar sistemli bir yenileşme hareketi gerçekleşmemiştir<sup>4</sup>. Tanzimat dönemi ise 1839 yılında Sultan Abdülmecid tarafından ilan edilen Tanzimat Fermanı ile başlamış ve bu süreçte Osmanlı hukuk ve yargı sistemi köklü değişikliklere uğramıştır<sup>5</sup>.

### A. KLASİK DÖNEM OSMANLI YARGI TEŞKİLATI

Osmanlı Devleti'nin Tanzimat öncesi hukuk sistemi hakkında, İslam hukukunun birebir uygulaması olduğu yönünde fikirler olduğu gibi, İslam hukukunun sınırlı bir uygulaması ile birlikte aslında kendine özgü bir hukuk sistemi olduğu yönünde görüşler de mevcuttur. Bununla birlikte Osmanlı

<sup>4</sup> Yurtseven, Yılmaz (2006) "Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidarın Meşruluk Temelleri", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 53.

<sup>5</sup> Akyılmaz, Gül (2015) Siyasi Tarih, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 181-197.

hukuk sistemi, kendinden önce hüküm süren Türk ve İslam devletlerinin uyguladığı hukuk sistemlerinin benimsenmesi ve devletin ihtiyaçları çerçevesinde gerek duyulan değişikliklerin de yapılması ile oluşan bir hukuk sistemidir. Başka bir deyişle Osmanlı hukuku, şer'i hukuk ve örfi hukuktan oluşmaktadır<sup>6</sup>. Şer'i hukuktan kasıt, Kuran, sünnet, icma ve kıyastan oluşan İslam hukuk kurallarıdır<sup>7</sup>. Örfi hukuk ise padişahlar tarafından verilen emir ve fermanlarla oluşan kurallar bütünüdür<sup>8</sup>.

Klasik dönem Osmanlı yargı teşkilatı yine Abbasi ve Selçuklu Devletleri'nde bulunan yargı kurumlarıyla benzerlik taşımaktadır. Bununla birlikte söz konusu adli kurumlar Osmanlı bünyesinde yeniden şekillenmiş, o günün koşulları çerçevesinde gelişme göstermiştir. Bu anlamda Osmanlı Devleti'nde kadıların atama, nakil, azil gibi özlük işlemleriyle ilgilenen ve yargı teşkilatının başı kabul edilen kazasker, Abbasi Devleti'nde ortaya çıkan kadi'l-kudatlık kurumunun devamı niteliğindedir. Yine Abbasiler'de halkın şikayetlerini inceleyerek karara bağlayan Divan-ı Mezalim, Osmanlı'da devletin en yüksek kurul organı olup yargılama görevi de yürüten Divan-ı Hümayun'un temelini oluşturmaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, Osmanlı Devleti'nde en yüksek fetva makamı olan Şeyhülislam, bu niteliğiyle daha önceki Türk İslam devletlerinde yer almamıştır<sup>9</sup>.

Divan-ı Hümayun, kadılar tarafından verilen kararları temyiz mahkemesi gibi denetlemesi veya doğrudan kendisine dilekçe ile başvurulması halinde hukuki uyumsuzlukları çözmesi bakımından önemli bir yargı mercii olmuştur. Uyuşmazlıkların çözümünde söz konusu divanda yer alan Rumeli ve Anadolu kazaskerleri rol almıştır. Duruşmalı veya duruşmasız olarak yapılan yargılama sonucu kadı kararları; düzeltilmesi için ilgili kadiya veya başka kadiya gönderilebildiği gibi divan tarafından kesin hüküm de verilebilmiştir. Bunun dışında veziriazamın başkanlığını yaptığı İkinci Divanı, Çarşamba ve Cuma Divanları da yargılama faaliyetleri yürütmüştür. İkinci Divanı'nda da şer'i ve örfi davalar dinlenmiş ve halk İkinci

<sup>6</sup> Aydın, (1994) s. 375-376.

<sup>7</sup> Cin, Halil/Akyılmaz, Gül (2013) Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, s. 50-63. Bu dört kaynak bütün İslam hukukçuları tarafından İslam hukukunun kaynağı olarak kabul edilmiştir ve asli kaynaklar olarak da adlandırılmaktadır. Bunun dışında tali kaynaklar olarak adlandırılan ve İslam hukukçuları arasında hukuk kaynağı olup olmadıkları tartışmalı olan istihsan, maslahat gibi kaynaklar da mevcuttur. Ekinci, Ekrem Buğra (2008) Osmanlı Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, s. 106-123.

<sup>8</sup> Örfi hukuk terimi ilk olarak Fatih döneminde Tursun Bey tarafından kullanılmış olsa da örfi hukuk uygulamasının Osmanlı Devleti öncesinde de var olduğu tarihi kaynaklardan anlaşılmaktadır. Aydın, Mehmet Akif (2014) Türk Hukuk Tarihi, 12. Bası, İstanbul, Beta, s. 66-67.

<sup>9</sup> Cin/Akyılmaz, s. 165-170.

Divanı'na şikâyet dilekçeleri ile başvurabilmiştir. Çarşamba Divanı'na İstanbul, Galata, Eyüp ve Üsküdar kadıları katılmış ve halkın şikâyetlerini dinlemiştir. Cuma Divanı'na ise kazaskerler katılmış olup şer'i ve örfi hukuk alanındaki uyuşmazlıkları çözümlenmiştir. Yine Yeniçeri ağasının suç işleyen yeniçerileri yargıladığı Ağa Divanı, bir diğer yargı organı olmuştur. Son olarak taşra teşkilatında eyaletlerin başında bulunan beylerbeyinin başkanlık ettiği, Divan-ı Hümayun'un benzeri niteliğinde bir Paşa Divanı bulunmakta olup eyalet halkının şikâyetleri dinlenmiştir<sup>10</sup>.

Klasik dönem Osmanlı yargı teşkilatı içinde bulunmamakla birlikte şeriye mahkemeleri haricinde uyuşmazlıkları çözen iki mahkeme daha mevcuttur. Bunlar gayrimüslimlerin belirli konular hakkında uyuşmazlıklarının görüldüğü cemaat mahkemeleri ve yabancı devletlere verilen kapitülasyonlar çerçevesinde görev yapan konsolosluk mahkemeleridir<sup>11</sup>.

Osmanlı yargı teşkilatında şeriye mahkemeleri, İslam hukukuna uygun olarak tek hakimli ve tek dereceli şekilde oluşturulmuştur<sup>12</sup>. Yine diğer İslam devletlerinde olduğu gibi Osmanlı Devleti'nde de yargı yetkisi, şeriye mahkemelerinde kadılar tarafından icra edilmiştir<sup>13</sup>. Kadılar, Osmanlı yargı örgütünün temelini oluşturmuş olduğundan kadıların tahsiline büyük önem verilmiştir. Buna göre bir kişinin kadı olarak atanabilmesi için mutlaka medrese mezunu olması şartı aranmıştır<sup>14</sup>. Herhangi bir medreseden mezun olmak yeterli sayılmamış, belirli bazı medreselerden eğitim almış olma koşulu getirilmiştir. Buna göre bir kimsenin kadı olabilmesi için önce taşrada bulunan Hariç ve Dahil adı verilen medreselerden mezun olması, sonrasında Muhsile-i Sahn ve Sahn-ı Seman Medreselerine devam etmesi gerekmiştir. Bu medreselerden başarı ile mezun olarak icazet alan kimseler "mülazım"<sup>15</sup> olmuş ve kaza kadılıklarına atanma hakkı kazanmıştır. Öğrenimine

<sup>10</sup> Aydın (2014) s. 85-86; Cin/Akyılmaz, s.148-149, 155, 159.

<sup>11</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 244.

<sup>12</sup> İslam hukukunda toplu hakimli mahkemeler yasaklanmış değildir. Fakat uygulamada tek hakimli mahkemeler davalara karara bağlamıştır. Cin/Akyılmaz, s. 168, s. 174; Anıl, Yaşar Şahin (1993) Osmanlı'da Kadılık, 1. Basım, İstanbul, İletişim Yayınları, s. 19.

<sup>13</sup> Anıl, s. 32; Ortaylı, İlber (2016) Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı, 2. Baskı, İstanbul, Kronik, s. 24.

<sup>14</sup> Halaçoğlu, Yusuf (2014) XIV-XVII Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, 7. Baskı, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 128; Fendoğlu, Hasan Tahsin (2000) Türk Hukuk Tarihi, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 386; Anıl, s. 64. Osmanlı Devleti'nde kadılar ve ilmiye sınıfı dışında diğer hiçbir kamu görevlisi sınıfı için bu şekilde eğitim şartı aranmamış olması, kadılık müessesesine verilen önemi gözler önüne sermektedir. Cin/Akyılmaz, s.172.

<sup>15</sup> Mülazemet hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Aykanat, Mehmet (2018) "Klasik Dönemde Osmanlı Devleti'nde Hâkim Adaylığı: Mülazemet", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 34, s. 165-188.



devam ederek Kanuni döneminde kurulan yüksek dereceli medreselerden mezun olmaları halinde ise yüksek dereceli kadılıklara tayin olma hakkı kazanmışlardır<sup>16</sup>.

Bu şekilde zorlu bir tahsil sürecinden geçen kadılar, görev almış oldukları kazalarda hem şer'i hem örfi davalara bakarken diğer yandan idarecilik de yapmışlardır. Bu anlamda yargı görevi dışında nikah kıymak, miras taksim etmek, çeşitli sözleşmeleri düzenlemek, pazarları ve vakıfları denetlemek gibi çok sayıda görevi olmuştur. Kadılar, çok çeşitli ve fazla sayıdaki bu görevlerini yerine getirirken başta naib olmak üzere kâtip, şühüd'ül hal, muhızır (mübaşir), kassam, tezkiye memurları gibi görevliler de kadılara yardımcı olmuştur<sup>17</sup>.

## B. TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI YARGI TEŞKİLATI

Tanzimat Fermanı ile birlikte başlayan kanunlaştırma hareketleri, yargı teşkilatı bakımından da yenilikler getirmiş olup Tanzimat sonrası dönemde birçok yeni mahkeme kurulmuştur. Şeriye mahkemeleri görevlerini sürdürmeye devam ederken, bu mahkemelerin kararlarını temyiz merci sıfatıyla incelemek üzere 1862 yılında Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye kurulmuştur. Yine 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile nizamiye mahkemeleri kurulmuştur. İlk aşamada görev alanları oldukça sınırlı olsa da ilerleyen dönemde, şer'i konular dışındaki tüm uyuşmazlıklar, nizamiye mahkemelerinin görev alanına girmiştir<sup>18</sup>. Şeriye mahkemelerindeki tek hakimli uygulama, nizamiye mahkemelerindeki çok hakimli yeni sistem ile artık değişmiştir. Ayrıca nizamiye mahkemelerinde gayrimüslimlerin de hâkim olarak görev alması önemli bir yeniliktir<sup>19</sup>.

Yeni kabul edilen ceza kanunnamesinin uygulanması amacıyla ilk olarak İstanbul'da Meclis-i Tahkikat adıyla bir kurul oluşturulmuş, 1854 yılından itibaren söz konusu kurul, eyalet merkezlerinde de açılmıştır. Meclis-i Tahkikat, ceza işleriyle ilgilenmesinin yanı sıra belirli günlerde toplanarak ceza da-

<sup>16</sup> Cin/Akyılmaz, s.171-172.

<sup>17</sup> Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal (2017) Türk Hukuk Tarihi, 19. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 243-244; Cin/Akyılmaz, s.175-179.

<sup>18</sup> Tanzimat döneminde kurulan nizamiye mahkemeleri ile şeriye mahkemeleri arasındaki yetki ayrımı tam olarak belirlenmemiş ve iki mahkeme arasındaki bu ihtilaf, uzun süre giderilememiştir. Özellikle idam cezasının söz konusu olduğu vakıalarda şeriye mahkemesinden de aynı şekilde karar çıkmadığı sürece nizamiye mahkemelerinin vermiş olduğu idam kararları uygulanamamıştır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Kılınc, Ahmet (2011) 'İdam Cezasının Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukundaki Görünümüne İlişkin Birkaç Kaynak ve Bu Kaynakların Tahlili', Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı: 11, s. 33-62.

<sup>19</sup> Cin/Akyılmaz, s.184-188.

valarına da bakmıştır. Bu bağlamda ceza davaları şeriye mahkemelerinin görev alanından çıkmış ve toplu mahkeme niteliğindeki bu mahkemelerde görülme-ye başlanmıştır. Kurulun vermiş olduğu kararlar kesin olup yalnızca idam cezaları ilk olarak Meclis-i Ahkam-ı Adliye'ye gönderilmiş, burada uygun bulunması halinde padişah onayına sunulmuştur<sup>20</sup>.

1840 yılı itibariyle ticari davalara bakmak üzere ayrı ticaret mahkemele-ri oluşturulmuştur. İlk olarak İstanbul'da Ticaret Nezareti'ne bağlı şekilde Ticaret Meclisi kurulmuş, daha sonra karma ticaret mahkemeleri oluşturulmuştur. Karma ticaret mahkemeleri, gayrimüslim tacirlerin de bu mahkemelerde hâkim statüsünde görev alması bakımından önem arz etmiştir. 1850 yılında Ticaret Kanunu, 1861 yılında ise Ticaret Yargılama Kanunu kabul edilmiş olup söz konusu kanunlar ile tüm tacirlerin uyuşmazlıklarına bakmakla görevli ve daha geniş yetkili ticaret mahkemeleri, bu mahkemelerin kararlarını istinaf derecesinde inceleyen Ticari Temyiz Mahkemesi kurulmuştur<sup>21</sup>.

Tanzimat Fermanı'nın ilanından kısa bir süre önce II. Mahmut tarafından kurulmuş olan Meclis-i Valay-ı Ahkam-ı Adliye<sup>22</sup>, Tanzimat Fermanı'nda, kanun taslaklarını hazırlamakla görevlendirilmiştir. Yine memurları yargılamak, devlet ile kişi arasındaki uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevli olan bu önemli kurul, temyiz mahkemesi görevini de yürütmüştür. Zaman içerisinde çeşitli değişimlere uğrayan kurul son olarak 1868 yılında Divan-ı Ahkam-ı Adliye ve Şuray-ı Devlet olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Günümüz Yargıtay'ının temelini Divan-ı Ahkam-ı Adliye oluştururken, günümüz Danıştay'ının temelini de Şuray-ı Devlet teşkil etmektedir<sup>23</sup>.

## II. KLASİK DÖNEM OSMANLI YARGI TEŞKİLATINDA NAİB

Osmanlı Devleti'nde naib, adli teşkilat içerisinde yer almış bir kamu görevlisidir. Kadı yardımcılarında en önemlisi olan bu görevlinin nasıl bir eğitim aldığı, hangi şartlarla atandığı, hangi görevleri üstlendiği, karşılığında ne gibi bir ücret aldığı ve hangi hallerde azledildiği aşağıda incelenecektir.

<sup>20</sup> Cin/Akıymaz, s.184-185.

<sup>21</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 359-360.

<sup>22</sup> Meclis-i Valay-ı Ahkam-ı Adliye hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Seyitdanlıoğlu, Mehmet (1999) Tanzimat Devrinde Meclis-i Vala (1838-1868), 1. Baskı, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları.

<sup>23</sup> Cin/Akıymaz, s.189-190.

## A. NAİBİN EĞİTİMİ

Osmanlı Devleti'nde adli teşkilat görevlileri medreselerde yetiştirilmiştir<sup>24</sup>. Naib de kadıdan sonra adli teşkilatın en önemli görevlisi olması sebebiyle eğitimi önemli olup bir kimsenin naib olabilmesi için öncelikle taşrada bulunan Hariç ve Dahil adlı medreselerden mezun olması şart koşulmuştur<sup>25</sup>. Bu bakımdan klasik dönem Osmanlı medreselerinden kısaca bahsetmemiz faydalı olacaktır.

Osmanlı Devleti'nde Selçuklu Devleti'nde de olduğu gibi önceleri, eğitim ve öğretim devletin faaliyetleri dışında olmuştur. Bunun sebebi, eğitim ve öğretimin bir dini görev, hayır işi olarak görülmesidir. Dolayısıyla bu dönemde diğer hayır işlerinde olduğu gibi eğitim ve öğretim faaliyetlerinde de vakıflar etkili olmuş, mektep ve medreseler vakıflar tarafından kurulmuş ve işletilmiştir<sup>26</sup>.

Medrese kelimesi Arapça olup “ders gösterilen yer” anlamına gelmektedir<sup>27</sup>. Osmanlı Devleti'nde medreseler, sıbyan mektebinden sonra gelen orta, lise, yüksek okul ve üniversite eğitimine karşılık gelmiştir. Hariç medreseleri, İbtida-ı Hariç ve Hareket-i Hariç olmak üzere iki kısma ayrılmış olup orta okul seviyesindedir. Dahil medreseleri de İbtida-ı Dahil ve Hareket-i Dahil şeklinde ikiye ayrılmış olup lise seviyesindedir. Fatih devrinde kabul edilen esaslara göre, İptida-i Hariç medreselerinde; gereken hallerde alfabeden başlanarak okuma yazma öğretilmiş olup daha sonra ilk din bilgileri yani İlmihal, Kur'an, yazı, dört işleme kadar Aritmetik verilmiştir. Hariç ve Dahil medreselerinde ayrıca “Mukaddemat-ı Ulum” denilen gramer, sentaks, vaaz, iştikak, geometri, hesap, münazara ve mantık dersleri de verilmiştir<sup>28</sup>.

Hariç ve Dahil medreselerini başarı ile tamamlayan kişi, staj dönemine geçmiştir. Stajını da başarı ile tamamlayan ve sınavda başarılı olan kimseler; eğitimlerine devam etmeleri halinde kadı, etmemeleri halinde naib olarak görev yapabilmıştır<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Cin/Akgündüz, s. 271.

<sup>25</sup> Cin/Akyılmaz, s. 172.

<sup>26</sup> Askeri eğitim ve yöneticilerin eğitimleri ise devlet tarafından yürütülmüştür. Akkutay, Ülker (1984) Enderun Mektebi, Ankara, Gazi Üniversitesi Yayınları, s. 15.

<sup>27</sup> Doğan, Recai (1997) “Osmanlı Eğitim Kurumları ve Eğitimde İlk Yenileşme Hareketlerinin Batılılaşma Açısından Tahlili”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 1, s. 409.

<sup>28</sup> İpşirli, Mehmet (2003) İslam Ansiklopedisi, “Medrese”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Cilt: 28, s. 327; Ekinci, Ekrem Buğra Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci, “Osmanlı Medreseleri”, <<http://www.ekrembugraekinci.com/makale.asp?id=931>>, s.e.t. 23.12.2018. Doğan, s. 411.

<sup>29</sup> Cin/Akyılmaz, s. 172; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 241. Hariç ve Dahil medreselerinde eğitimini tamamlayan bir kimse, Sahn-ı Seman ve Sahn-ı Süleymaniye medreselerine devam ederek başarı ile mezun olması halinde

Ayrıca Osmanlı Devleti'nde medreselerin İslami kimliği sebebiyle yalnızca Müslümanlar bu mekteplere devam edebilmiştir<sup>30</sup>. Bu bilgi ve naiblerin medrese mezunu olması şartı, yalnızca Müslüman kimselerin naiblik yapabileceği sonucuna bizi ulaştırmaktadır.

## B. NAİBİN ATANMASI

Osmanlı Devleti'nde naibler, kadılar tarafından atanmış olup bu işlemin tamamlanması için kadıaskerlerin onayı gerekmiştir. Rumeli ve Anadolu bölgelerine yapılan naib atama işlemleri, Anadolu ve Rumeli kazaskerleri tarafından onaylanırken İstanbul'a yapılan naib atama işlemlerini İstanbul kadısı onaylamıştır. Ruzmançelerde de naib atandığına dair kayıtlara rastlanılmıştır. Kadılar, naibler hakkındaki atama işlemlerini “mürasele”<sup>31</sup> denilen yazı ile gerçekleştirmişlerdir<sup>32</sup>. Aşağıdaki şer'iye sicil kaydı söz konusu müraseleye bir örnektir:

“... Mevlana Muslihiddin Efendi ... işbu sene ... Şile nahiyesi niyabeti sana tefviz olunmuştur. Gerekdir ki ba'de'l-yevm nahiye-i merkumede icra-yı ahkam-ı şer'iyye eyleyüb cadde-i şer'den müteceviz iş etmeyesin ve umur-ı mu'azzamada bu taraf ile müşavere eylesin...”<sup>33</sup>

Osmanlı Devleti'nde bir bölgeye tayin edilecek olan naibin, esasen o bölgeden olmaması kural iken 1838 tarihli Tarık-i İlmiye Mahsus Ceza Ka-

---

icazet almıştır. İcazet, mezun olan kimsenin müderrislik yapabileceği anlamına gelmiştir. Bu aşamadan sonra kişi, müderris veya kadı olmak için görev yapacağı yere göre Anadolu veya Rumeli Kazaskeri'nin ruznamesine mülazım olarak kaydolup sıra beklemiştir. **Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (2014) Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı, 4. Baskı, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 55.

<sup>30</sup> **İpşirli** (2003) s. 327.

<sup>31</sup> Müraselelin sözlük anlamı, resmi kadı mektubu şeklindedir. **Devellioğlu**, s. 856.

<sup>32</sup> BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 282, s. 209; **İnalçık, Halil** (1967) “Adaletnameler”, Belgeler, Ankara, Türk Tarih Kurumu, Cilt: 2, Sayı: 3-4, s. 76; **Demir, Aydoğan** (1994) “Bayburt Ulu Camii'nde Bir Osmanlı Ferman Kitabesi, Osmanlı Devleti'nde Naiplik”, Tarih ve Toplum, Sayı: 132, s. 44; **Akman**, s. 44; **İpşirli, Mehmet** (2006) İslam Ansiklopedisi, “Naib”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Cilt: 32, s. 312; **Kuru, Levent** (2016) “Kazasker Ruzmançelerine Göre 18. Yüzyılın İlk Yarısında Rumeli'de Kadılık Müessesesi”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, s. 92. Bayındır ise kadınların naib atayabilmesi için ayrıca yetkilendirilmiş olması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre kadınlar; naib tayin etme ve azletme yetkisine sahip olanlar, naib tayin etmeye yetkili fakat azletmeye yetkili olmayan ve naib tayin etmeye yetkili olmayan şekilde üç gruba ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Bayındır, Abdulaziz** (2015) İslam Muhakeme Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Süleymaniye Vakfı Yayınları, s. 115-116.

<sup>33</sup> **Demir**, s. 44; Şer'iye Sicilleri II, s. 164.

nunname-i Hümayunu ile söz konusu yasak kaldırılmıştır<sup>34</sup>. Bununla birlikte söz konusu tarihten önce de bölge halkından naibler atandığına dair vakıalar mevcuttur. Buna göre 1810-1811 tarihli Trabzon şeriyi siciline göre, Trabzon Sürmene kadılığına atanan Lütfullah Efendi, yerine yöre halkından Mehmed Sadık Efendi'yi naib olarak atamış olup daha sonra aynı yere kadı olarak atanmış Kastamonulu Ahmed Nuri Efendi ve ondan sonra atanan İstanbullu Mehmed Said Efendi de aynı kişiyi kendisine naib olarak tayin etmiştir<sup>35</sup>.

Yine birtakım sebeplerle kadı atamasının gecikmesi durumunda, bölge valisi veya kaymakamı, adli işlerin aksamaması amacıyla, mahkeme görevlileri arasından bir kadı vekili tayin etmiştir. 22 Şubat 1810 tarihli buyrultu bu hususa örnektir: *“Trabzon kadısı ... bu vakte kadar zuhur etmeyip ... vekâletine dair ... mürâsele-i şer’iyesi gelmediğinden ... ahkâm-ı şer’iyenin icrası ... vacip olduğundan şehrin kadısı veya vekâlet verdiği kişiyle ilgili mürâsele-i şer’iyesi ortaya çıkıncaya kadar ... seni ‘kadı vekili’ tayin ettim.”*<sup>36</sup>

Söz konusu buyrultudan altı ay kadar sonra 2 Ağustos 1810 tarihinde Anadolu Kazaskeri Mehmed Tahir Efendi tarafından gönderilen emirde ise Trabzon naibi olarak söz konusu kadı vekili tayin edilmiştir. Yine Trabzon ve Sürmene kadı naibi olan Hafız Mehmed Efendi'nin ölmesi üzerine, kadının yeni bir naib atamasına kadar Vali Mehmed Husrev Paşa tarafından, mahkeme başkatibi, naib vekili olarak atanmıştır. Bu gibi atamalar geçici olup vali tarafından atanan naiblerin mürasele-i şeriyesinin yollanması için derhal merkeze yazı yazılmıştır<sup>37</sup>.

Bu anlamda yerel yöneticiler tarafından geçici ve vekaleten de olsa naib atanmış olduğu ve bu kişilerin yöre halkından hatta mahkeme görevlileri arasından seçilmiş olduğu görülmektedir. Naiblerin mahkeme görevlileri arasın-

<sup>34</sup> Akman, s. 44; Demir, s. 44. Naiblerin özellikle görev yapacağı bölgenin ulemasından atandığına dair görüşler de bulunmaktadır. Ortaylı, s. 45. Yine Arap şehirlerine atanan kadıların yerli halktan naib atayarak yörenin dilini bilen kimselerin yardımını almayı amaçladığı belirtilmektedir. İpşirli (2006) s. 312.

<sup>35</sup> Saydam, Abdullah (2005) ‘Trabzon’un İdari Yapısı ve Yenileşme Zarureti (1793-1851)’, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı: 18, s. 300-301. 1567 tarihli bir başka kayıttan yerliden atanan naiblerin azledilmesi ve bundan sonra yerliden naib atanmaması hususunun emredilmiş olması, daha erken tarihlerde de yerli halktan naib atanmış olduğunu göstermektedir: BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri I, Hüküm No: 496, s. 254-256.

<sup>36</sup> Saydam, s. 302.

<sup>37</sup> 17 Ocak 1820 tarihli bir belgede, Anadolu Kazaskeri tarafından, kadı atanıncaya kadar görev yapması için bir naib atandığı, daha sonra görevlendirilen kadının da aynı kişiyi naibi olarak tayin ettiği görülmektedir. Saydam, s. 302-303.

dan seçilmesi yargılama faaliyeti açısından olumlu iken aynı bölgenin idarecisi tarafından ve yöre halkı arasından seçilmesi, adaletin tecellisi bakımından olumsuz etki yaratmıştır. Bu durumun yaşandığına işaret eden bir fermanla “yerliden naib ve katip olmak memnu iken, yerliden olan Abdullah’ın her gelen kadiya naib ve katip olup, ehl-i örf taifesi ile işbirliği yaparak reayaya zulm etmesi ve ilgilinin görevden alınması”ndan bahsedilmiştir<sup>38</sup>. IV. Mehmed dönemine ait olduğu düşünülen söz konusu ferman da daha önceki tarihlerde yasak olmasına rağmen yerliden naib atanmış olduğuna işaret etmektedir.

Osmanlı adli teşkilatında naibin vekaleten yürütmekte olduğu yargılama görevini, kadının icazeti olmadan bir başka naibe devredememesi kural olmuştur. Aşağıda yer vermiş olduğumuz Ebussuud Efendi’nin fetvası bu hususa işaret etmektedir:

“Soru: Zeyd-i naibin izniyle Amr bir kazıyyeyi istima edib hükm eylese hükmü nafız olur mu?

*El-cevap: Olmaz. Asıl kadıdan icazete mucaz değil ise.*”<sup>39</sup>

Söz konusu fetva çerçevesinde Osmanlı Devleti’nde kadının icazetinin olması halinde naiblerin kendi yerlerine naib atayabileceği bilgisine ulaşılmaktadır. Bu durum ise yargı yetkisinin kimler tarafından kullanıldığı bilgisinden devleti uzaklaştırarak merkezilik ilkesinin uygulanmasına zarar verebilecek bir husus olarak değerlendirilebilir.

Kadının tayin edilmiş olduğu kazanın büyük veya küçük olmasına göre naiblerin sayıları değişebilmiştir. Başka bir deyişle kadılar görev yüklerinin artmasına göre birden fazla sayıda naib atayabilmiştir<sup>40</sup>. Bu duruma en güzel örnek İstanbul kadılığıdır. İstanbul’un Osmanlı Devleti’nin başkenti olması dolayısıyla nüfus ve iş yoğunluğunun çok olması, İstanbul kadılığında çok fazla sayıda ve çeşitli görevlerde naibin görev yapması sonucunu doğurmuştur. İstanbul dışındaki diğer yörelerde de birden fazla naibin görevlendirilebilmiş olduğu yine kayıtlardan anlaşılmaktadır. Örneğin Harput yöresiyle ilgili yapılan bir çalışmada, şeriye sicillerinde Es-Seyyid Ahmed isimli bir naib hakkında “naib-i sani” şeklinde bahsedil-

<sup>38</sup> Demir, s. 42.

<sup>39</sup> Akman, s. 44.

<sup>40</sup> Uzunçarşılı, s. 121.

diği belirtilmiş<sup>41</sup> olup bu durum belli bir adli işin takibi amacıyla birden fazla naibin görevlendirilebildiğine işaret etmektedir. Bununla birlikte mühimme kayıtlarında geçen ve Sivas Beylerbeyine yazılan “...*Artuk-abad kadısının on iki naibi var diyü istima olunup vakı midur? Arz idesün...*”<sup>42</sup> şeklindeki ifade, Osmanlı’nın belli bir yörede gereğinden fazla naibin görevlendirilmiş olup olmadığını denetlediğine de işaret etmektedir.

Naibler göreve atanırken genellikle belirli süre veya belirli bir görev için atanmış olup naibi atamış olan kadının azledilmesi veya ölmesi halinde, naibin görevi sona ermemiştir. Osmanlı Devleti’nde istisnai de olsa otuz yıl gibi uzun sürelerle aynı yerde naiblik yapan kimseler mevcut olmuştur<sup>43</sup>. Bu duruma özellikle arpalık kazalarında rastlanılmıştır. Zira arpalığın tahsis edildiği kadılar değişse de naib olarak aynı kişiyi tayin edebilmişlerdir. Örneğin 1793 ve 1851 yılları arasında Trabzon’un idari yapısını inceleyen bir çalışmaya göre, Trabzon kadısı neredeyse hiç görev yerine gelmemiş ve yerine naib görevlendirmiştir. Belirtilen tarihler arasında kadı her yıl değişirken, naiblik daha çok üç kişi tarafından icra edilmiş olup nadiren bu üç kişi dışında biri naib olarak görevlendirilmiş veya kadının kendisi görev yerine intikal etmiştir<sup>44</sup>. Dolayısıyla aynı bölgede belirli üç kişinin altmış yıla yakın bir süreyle naiblik yapması, o bölgede yolsuzluklara kapı aralayabilmiştir. Bu durum yargı teşkilatındaki yozlaşmayı da beraberinde getirmiştir<sup>45</sup>.

Bir başka örnekte ise Balya isimli bölgede görev yapmakta olan naib, haksız işler yürüten bazı kimselere göz yumması sebebiyle, bu kimselerin

<sup>41</sup> **Erdoğan, İbrahim** (2014) “17. Yüzyılın İkinci Yarısında Taşrada Yargı Uygulamaları: Harput Örneğinde Hakimü’ş Şer”, Fırat Üniversitesi Harput Araştırmaları Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, s. 64.

<sup>42</sup> BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1409/a, s. 625.

<sup>43</sup> **Akman**, s. 43; **İpsirli**, (2006) s. 312; BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 282, s. 209. Aynı naibin yirmi yıl süre ile görev yapmış olduğuna dair bir başka kayıt: BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1481, s. 800.

<sup>44</sup> **Saydam**, s. 300-301.

<sup>45</sup> Naiblerin uzun süreli görev alması bazı hallerde uygun görülmüştür: “... *Mektûb gönderüp; ‘Turşıcı Mürzâ nâm kimesne otuz-kırk yıldan berü niyâbet idüp üç-dört def’a emrile ref’ olmuş iken emre mugâyir niyâbet iderimis; ahvâli görülüp arzoluna.’ diyü emrolunup mezbûr nâyib a’yân-ı vilâyet huzûrında getirildüp; ‘Ref’una emir vârid olmuş midur?’ diyü sü’âl olundukda; ‘Emir gelmişdür.’ diyü halk yanında şiyü’ bulmağın ihtiyârıla ferâgat eyledüm idi; sonra istikâmetüm arzolanup niyâbet imek için ahkâm-ı şerîfe virilmiş idi. diyü cevâb idüp fi’l-vâkı’ mezkûrun cemî’ halk diyânetü istikâmetine şehâdet itdüklerin arzylemişsin. Buyurdum ki: ... arzolunduğı gibiyse sâbıkâ virilen ahkâm-ı şerîfe mücebince mezkûr niyâbetden ref’ itmeyüp emrüm mücebince hidmet-i niyâbete istihdâm eylesin.” BOA 12 Numaralı Mühimme Defteri I, Hüküm No: 570, s. 382. Burada otuz-kırk yıldan beri aynı yerde görev yapan naib görevden alınmak istenmiş fakat reayanın naibden memnuniyetini bildirmesi üzerine görevinde bırakılmıştır.*

girişimi ile görevden alınmıştır. Fakat naibden memnun olan halkın merkeze başvurusu üzerine padişah tarafından ilgili kadıya gönderilen belgede, naib atama yetkisinin kendisinde olduğu belirtilmiş fakat söz konusu naibin şeriaten ayrılmayan ve halka zulmetmeyen bir kimse olması halinde atanması emredilmiştir<sup>46</sup>. Bu bağlamda, merkezin bazı hallerde belirli kişilerin naib olarak atanması yönünde de kadıya emir vermiş olduğu görülmektedir. Merkezin naib atamalarına müdahale ettiği bu halde, adaletin tesisinin amaçlandığı ve Osmanlı Devleti'nin bu bakımdan naib atamalarında pragmatist davranmış olduğu değerlendirilebilir.

Bazı hallerde ise naib atanmasına dair belli yörelerden merkeze talep iletilmiştir: “... *Dergâh-ı Mu'allâm'a mektûb gönderüp; ... kazâ-i mezbûrdan ba'zı kimesnelerün şer'î da'vâları olup görilmek için ... Dubravenik beğleri kendü ra'yyetlerine himâyet eyleyüp müslimânlarâ cüz'î bahâne ile veyâ deyn taleb itmekle metâ'ların ...cebr ile satun alup râzî olmayanları habsidüp ... diyü şikâyet olunup ...kibel-i şer'den bir nâyib dahı oturmak lâzimdür ki, ... kuzât-ı sâbika zamânlarında ... bir nâyib vaz' olmağıla haylî nef' müşâhede olmuşdur; girü nâyib nasbolmasın murâd itdüklerin bildürmişsin... Arzolunduğı üzre bir nâyib ... gönderesin...*”<sup>47</sup> Buna göre Dubravenik bölgesinde Müslümanların taleplerinin gereği gibi karşılanmadığı, daha önce bölgede naib bulunduğu ve reaya oldukça faydalı olduğu, yine bir naib atanmasının bölgedeki şer'î davaların görülmesinde fayda sağlayacağı bildirilmiş olup merkez tarafından Nova kadısına, söz konusu bölgeye şer'î davaları görmek üzere bir naib tayin etmesi emredilmiştir. Burada merkez kendisi bir naib belirlememiş, naib tayin etmesini kadıya emretmiştir. Dolayısıyla belirli kişilerin naiblik yapması hususunda devlet müdahalede bulunmamıştır. Ayrıca naib tayin edilmesindeki amaç, yöre halkının şer'î davalarının gereği gibi görülmesi talebinin karşılanması olduğundan, söz konusu emrin yine adaletin tesisini amaçladığı söylenebilir.

Son olarak Osmanlı Devleti'nde medrese mezunu olma şartı bulunan ulemadan infisal süresi içerisinde gelir sağlamak amacıyla naiblik yapanlar olmuş olduğu gibi medresede müderrislik görevini yürüten bir kişinin aynı

<sup>46</sup> **İnalçık**, s. 77. Kadının görevden aldığı naibi tekrar göreve atamasının emredildiği bir başka örnek: BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1431, s. 774-775.

<sup>47</sup> BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri I, Hüküm No: 1042, s. 517-518.



zamanda naiblik görevini de üstlenmiş olduğu bilgisi kayıtlarda yer almaktadır. Örneğin, 1589 yılında Güle'de Hüsrev Beğ Medresesi'nde müderris olan Mevlana Salih, aynı zamanda İşbat kazasında naiblik görevini icra etmiştir<sup>48</sup>.

### C. NAİBİN GÖREVLERİ

Osmanlı Devleti'nin adli teşkilatı içerisinde yer alan naiblerin çok çeşitli görev ve yetkileri olmuştur. Naiblerin, kadı yerine atanmış olmaları ile kadıların yanında görev yapmaları ise yetki ve görevlerinde farklılık oluşturmuştur. Bu bağlamda naiblerin görev ve yetkileri incelenirken, kadı yerine atanmış naibler ve kadının yanında görev yapan naibler olmak üzere iki başlık altında inceleme yapılacaktır.

#### 1. Kadı Yerine Atanan Naibler

Kadı yerine atanmış naibler, kadıların sahip olduğu yetki ve görevlerin hepsine haiz olmuştur. Buna göre naibler bütün davaları görebilmiştir. Miras taksimi yapmış<sup>49</sup>, nikah kıymış, yetim ve kayıpların mallarını korumuştur. Vasi tayin ve azledebilmiş, vasiyet hükümlerine uyulmasını, vakıf senetlerine uygun hareket edilmesini denetlemiştir. Köle azadı, alacak davaları ve cinayet davalarını karara bağlamıştır<sup>50</sup>.

Aşağıdaki kayıt, naibin mahkemede hâkim statüsünde dava gördüğüne işaret etmektedir:

*“...mezkur Piri'nin, mezkur Haydar'ı mahkemeye ihzar ederek: “Sana iki çuval penbe bey’ ettim akçanı taleb ederim” demesi, mezkur Haydar’dan sual olununca “görüb almadım” demesi, görüp aldığına mezkur Piri’den beyine taleb olununca ityan-ı beyyineden aciz olup, mezkur Haydar’a yemin müteveccih olması, yeminden nükul edip, mahkeme nayibinin meblağ-ı mezkuru mezkur Piri’ye hükmetmesi, ertesi gün mezkur Haydar’ın “boğazımdan asıverin nayibin*

<sup>48</sup> **Kılıç, Cihan** (2017) “XVII. Yüzyılın İkinci Yarısında Osmanlı İlmiye Teşkilatında İstihdam ve Hareket (Anadolu Kadıeskerliği Örneği)”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 96; **Beyazıt, Yasemin** (2009) “Osmanlı İlmiyye Tarikinde İstihdam ve Hareket: Rumeli Kadıaskerliği Ruznâmçeleri Üzerine Bir Tahlil Denemesi (XVI. Yüzyıl)”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 251; **Akiba, Jun** (2005) “From Kadı to Naib: Reorganization of the Ottoman Sharia Judiciary in the Tanzimat Period”, *Frontiers of Ottoman Studies*, ed. Colin Imber and Keiko Kiyotaki, vol. 1, s. 45.

<sup>49</sup> **Aköz, Alaaddin** (2006) *Kanuni Devrine Ait 939-941/1532-1535 Tarihli Larende (Karaman) Şer’iye Sicili*, 2. Basım, Konya, Tablet Kitabevi, s. 42.

<sup>50</sup> **Demir**, s. 44.

*hükümü kabul etmezem ve penbeyi dahi kabul etmezem” demesi.*<sup>51</sup> Naib, davacı ve davalıyı dinlemiş, davacıdan iddiasını kanıtlamasını istemiştir. Davacının davalıya yemin teklif etmesi ve davalının yemin etmemesi üzerine davacı lehine hüküm vermiştir. Burada naibin davayı sonuçlandıracak hükümü vermiş olduğu “*mahkeme nayibinin meblağ-ı mezkuru mezkur Piri’ye hükmetmesi*” ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Ayrıca davalının hükme karşı çıkması kayda geçirilirken “*naibin hükümü*” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla kadı yerine atanan naibler, kadının yetkilerine sahip olmuş ve davaları mahkeme hâkimi statüsünde çözümlenmiştir. Yine şeriye sicillerindeki kayıtlardan anlaşıldığı üzere kadı yerine atanan naibler, çözmüş oldukları uyuşmazlıkların taraflarına bu doğrultuda hüccet vermiştir. Örneğin “*...Efendisi nayibi Habib Fakih hüküm edip, elime hüccet-i şer’iye vermişdir...*” şeklindeki şeriye kaydına göre boşanma kararına ilişkin hücceti naib düzenleyerek vermiştir<sup>52</sup>. Bu durum kadı yerine atanan naibin, şeriye mahkemesinin hâkimi sıfatıyla hareket ettiği bilgisini desteklemektedir.

Aşağıdaki örnek olayda ise kadı ve naib birlikte hareket etmiştir:

*“Belviran’da ... Belviran Nayibi ve Aladağ Kadısı huzurunda Hacı Mustafa ... 21000 akça isbat edip...Karaman Beğlerbeğisi ... geldiklerinde mezbu-reyn kadı ve nayib ...paşa hazretlerine ... Mustafa’nın halin i’lam etdiklerinde ...939”*<sup>53</sup> Burada bahsi geçen Belviran ve Aladağ bölgelerinin her ikisinin de söz konusu tarihte kaza olması<sup>54</sup> ve Aladağ kazasında kadı görevli iken Belviran kazasında naib görevli olması dikkat çekicidir. Bu durum Belviran kazasına kadı yerine naib atanmış olduğunu göstermektedir. Olaya baktığımızda ise Belviran’da, Belviran naibi ve Aladağ kadısı önünde alacağı olduğunu ispat eden davacının durumunu, kadı ve naib, Karaman Beylerbeyi’ne bildirmiştir. Yani aynı uyuşmazlığı kadı ve naib birlikte dinlemiş ve beylerbeyine iletirken birlikte hareket etmiştir. Bu bağlamda naibin kadı yerine atandığı durumlarda

<sup>51</sup> Aköz, s. 69.

<sup>52</sup> Bazna, Yalçın (2013) “1951/137 Numaralı (1810-1811 M. Tarihli) Trabzon Şer’iyye Sicili”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 16; Aköz, s. 237-238. Naibin hüccet düzenlemesi ile ilgili bir başka örnek: “...mezkur İbrahim ise “mezkur Sefer asaleten ‘an nefsühu ve vekaleten ‘an kibel-i ahihi Mehmed ve ‘an kibel-i ahihi ‘an nayib şer’an bana 20 akçaya bey’ edip akçasın aldım deyü elime hüccet verdi” demesi, mezkur Sefer’in inkar etmesi, mezkur İbrahim’in hüccet-i şer’iye ibraz etmesi ile zikr olunan değirmenin dört sehiminin mezkur İbrahim’in mülkü olduğuna hüküm olunması. Evail-i Zilka’de 940/14-23 Mayıs 1534” Aköz, s. 255.

<sup>53</sup> Aköz, s. 106.

<sup>54</sup> Şafakci, Hamit (2016) “Belviran Kazası Tekke ve Zaviyeleri (1476-1876)”, Vakıflar Dergisi, Sayı: 45, s. 60-61; Aköz Alaaddin (1996) “XVI. Asrın İlk Yarısında Aladağ Kazası (1501-1540)”, Osmanlı Araştırmaları Dergisi, Sayı: 16, s. 68.

“kadı” gibi hareket etmiş olduğu ve yargı teşkilatında kadının yardımcısı statüsünden ayrıldığı görülmektedir.

Yine görev almış oldukları yörede naibler; imam, zaviye mütevellisi gibi görevlilerin atanması yönünde merkeze arzda bulunabilmiştir. Örneğin, Haziran 1662 tarihli bir berata göre Harput Naibi Mevlana Mehmed’in arzı üzerine Zahiye Zaviyesi’ne Molla Mehmed mütevellisi olarak atanmış, Temmuz 1673 tarihli bir belgeye göre Harput Naibi Mevlana Mehmed’in arzı üzerine Ahi Musa Mescidi’ne bir imam atanmıştır<sup>55</sup>. Biraz yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere yerel yöneticiler, naib atanmasında rol oynayarak bu kurumun yozlaşmasına neden olmuştur. Burada vermiş olduğumuz örnekte ise naiblerin, yörenin belli bazı kamu görevlilerinin seçilmesinde rol oynadığı görülmektedir. Her ne kadar yerel yönetici gibi üst rütbede kişiler olmasa da yörede görev alacak bir imam veya zaviye yöneticisinin naib tarafından belirlenebilmiş olması önemlidir. Çünkü söz konusu görevliler yöre halkına etki edebilecek ve naiblerin, reaya üzerinde nüfusunu arttırmada rol oynayabilecek konumdadırlar.

Son olarak kadı yerine atanmış olan naibler, adli işlerin dışında ürün ve hizmet narhlarının belirlenmesi, merkeze asker ve zahire<sup>56</sup> tedarik edilmesi, avarız akçesinin toplanması, merkezden gönderilen emir ve fermanların halka duyurularak sicile işlenmesi gibi idari görevlere de sahip olmuştur<sup>57</sup>.

Görev yaptıkları mahkemeler bakımından naibler; bab naibleri, mevali naibleri, arpalık naibleri gibi çeşitli şekillerde isimlendirilmiş olup söz konusu naiblere farklı başlıklar altında aşağıda yer verilmiştir.

#### a. Bab Naibleri

Osmanlı Devleti’nin büyük şehirlerinde bab mahkemeleri adıyla görev yapan mahkemeler bulunmakta olup söz konusu mahkemelere, kadıların yardımcısı sıfatıyla naibler başkanlık etmiştir. Kuruldukları ilk tarih kesin olarak bilinmeyen bab mahkemeleri, Osmanlı’nın İstanbul, Kahire, Şam, Selanik, Bağdat gibi büyük şehirlerinde yer almıştır. Bunlar arasında en önemlisi İstanbul bab mahkemesi olmuştur. İstanbul bab mahkemesine başkanlık eden naib, İstanbul kadısına vekaleten dava dinlemiş, uyuşmazlıkları karara bağlamıştır. Bab naibleri yargılama işlerini yürütürken baş katip, katipler ve vekayi katibi gibi yardımcılara sahip ol-

<sup>55</sup> **Erdoğan**, s. 63.

<sup>56</sup> Zahire, gerekli hallerde harcanmak üzere anbarlarda saklanan hububat ve yiyecek anlamına gelmektedir. **Devellioglu**, s. 1358.

<sup>57</sup> **Demir**, s. 45.

muştur. Kaynaklarda özellikle 17. yüzyılda sıkça geçen bab mahkemeleri, II. Meşrutiyet sonrasında mahkemelerin birleştirilmesine kadar varlığını sürdürmüştür<sup>58</sup>.

Bab mahkemelerinin başkanlığını yürüten bab naibleri dışında, kadının yanında görev yapan bab naibleri de Osmanlı Devleti'nde mevcut olmuştur. Kaza veya mevali kadılıklarında kadının yardımcısı statüsünde olan bab naibleri, kadının iş yoğunluğu sebebiyle gerektiğinde vekaleten dava dinlenmiştir<sup>59</sup>. Örneğin 19. yüzyıl şerhiye sicillerine göre Diyarbakır kadılığında genellikle baş katipler bab naibi olarak tayin edilmiş, yine 28 Kasım 1803 tarihli bir hüccete göre nahiye kadılığı yapan bir kimse aynı zamanda Diyarbakır kadılığında bab naibi sıfatıyla görev almıştır<sup>60</sup>. Belirtmek gerekir ki burada bahsi geçen bab naibleri kadı yerine atanmamış, kadı yanında görev yapmıştır.

#### b. Mevali Naibleri

Osmanlı Devleti'nde kadılıklar dereceleri bakımından ikiye ayrılmıştır. Bunlardan daha yüksek dereceli olan mevleviyet kadılıkları olup diğeri ise kaza kadılıklarıdır. İstanbul, Edirne, Bursa gibi payitaht şehirlerinin yanı sıra kültür ve nüfus bakımından öne çıkan şehirler de stratejik öneme sahip olmaları sebebiyle mevleviyet kadılığı olarak sınıflandırılmıştır. Söz konusu kadılıklar, önemli konuları gereği yönetim ve adli işleri bakımından da önemsenmiş ve buralara tecrübeli ulemeden kadılar atanmıştır. Mevleviyet kadılığına atanan kadılar, mevleviyet rütbesini kazanmış olup bu kişiler hakkında “mevali” ifadesi de kullanılmıştır<sup>61</sup>.

İşte mevleviyet derecesindeki kadılıklardan İzmir, Diyarbakır, Ankara, Konya, Kayseri, Sivas gibi Anadolu'daki bazı şehirlerin kadılıklarında 18. yüzyıl sonlarında, naiblerin görev yapmış olduğu belirtilmektedir. Örneğin Mevleviyet derecesindeki Bursa'nın naibliği verilen kadı Ahmet Nazif Efendi İznik'te kadılık yaptığından yerine başkasını naib olarak atamıştır<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> **İpşirli, Mehmet** (1991) İslam Ansiklopedisi, “Bab Mahkemesi”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Cilt: 4, s. 362.

<sup>59</sup> **Uzunçarşılı**, s. 121.

<sup>60</sup> **Yılmazçelik, İbrahim** (2012) “XIX. Yüzyılda Osmanlı Taşra Teşkilatının Önemli Merkezlerinden Biri Olan Diyarbakır'da Bazı Görevlilerle İlgili Tespitler”, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı: 31, s. 236.

<sup>61</sup> **Unan, Fahri** (2004) İslam Ansiklopedisi, “Mevleviyet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Cilt: 29, s. 467.

<sup>62</sup> **Çadırcı** (1991) s. 84-85.

### c. Arpalık Naibleri

Osmanlı Devleti'nde Anadolu şehirlerinin pek çoğu, ulemalara veya görevinden azledilen kazaskerlere “arpalık”<sup>63</sup> olarak verilmiştir. Bu kişiler ya kendi naiblerini bölgeye göndermiş ya da o bölgeden belirledikleri bir kişiyi yerlerine naib olarak atamışlardır. Bu şekilde atanan arpalık naibleri, bölgenin adli işlerini yürütmüştür. Örneğin, eski şeyhülislamlardan Yasincizade Esseyid Abdülvehhab Efendi, kendisine arpalık olarak verilen Ankara kazasının adli işlerini görmek üzere, İbrahim Efendi isimli bir naib atamış, 1833'te ise söz konusu kaza Anadolu kazaskeri Abdülkadir Bey'e arpalık olarak verilmiş ve kendisi naibi olan Mehmed Nafi Efendi'yi bu işle görevlendirmiştir<sup>64</sup>.

Emekliye ayrılmış kadılara da Osmanlı Devleti tarafından arpalık tahsis edilmiştir. Kadılar bu arpalıklara naibler tayin etmiş, söz konusu naibler, almış oldukları harçlardan bir kısmını kadılara vermiş diğer kısmı ile geçinmiştir. Bu durum, naiblerin daha fazla kazanç sağlamak amacıyla görevlerini suiistimal etmelerine yol açmıştır<sup>65</sup>.

Görevinden azledilen veya emekliye ayrılanlar dışında hali hazırda belli bir görevi yürütmekte olan ulemaya da arpalık tahsis edilmiştir. Örneğin, 1665 yılında Kudüs payesi ile Karaferye'de müftü olan Ebubekir'e arpalık olarak Karadağ ve Eğribucak kadılıklarının verilmiş olması dikkat çekici bir örnektir. Üst düzey ulemadan olan müftü Ebubekir, aynı zamanda iki kazanın kadılığını da yürüttüğü için Karadağ ve Eğribucak kadılıklarına naib atamıştır<sup>66</sup>. Buna göre devlet, hali hazırda müftülük görevini yürüten bir kişiye arpalık tahsis ederek, kişinin söz konusu arpalıklara vekil atayacağını zımnen kabul etmiştir. Hatta iki farklı bölgenin arpalık olarak tahsis edilmesi, kişinin yürütmekte olduğu bir görevi olmasa dahi en azından birine vekil atayacağını göstermektedir. Bu anlamda, arpalıklara

<sup>63</sup> Mevleviyet derecesindeki ulemanın görev alabileceği yeterli sayıda yüksek memuriyet bulunmadığından bu kişilere ek gelir niteliğinde daha alt derecedeki kaza kadılıkları verilmiştir. Bu kişilerin onurlarını okşamak maksadıyla “atının arpasına karşılık” olarak bu yerlerin gelirlerinin verildiğinden yola çıkılarak söz konusu kazalara arpalık denilmiştir. **Feyzioğlu, Hamiyet Sezer/Kılıç, Selda** (2005) “Tanzimat Arifesinde Kadılık-Naiplik Kurumu”, Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 38, s. 34.

<sup>64</sup> **Çadırcı** (1991) s. 85. Ulema kendisine verilmiş arpalık için daha çok naib göndermiş olsa da kendi arzusu ile arpalığına giden de olmuştur. Bazı arpalık sahipleri ise cezalandırılma amacıyla arpalığına kadılık yapmak üzere gönderilmiştir. Örneğin, Damat Ali Paşa'nın Avusturya seferine itiraz eden eski kazaskerlerden Mirzazade Şeyh Mehmed Efendi, Bulgaristan'daki arpalığına gönderilmiştir. **Uzunçarşılı**, s. 123.

<sup>65</sup> **Aydın**, (1994) s. 399.

<sup>66</sup> **Alan, Ercan** (2013) “Kadıasker Ruznamçe Defterlerine Göre XVII. Yüzyılda Rumeli'de Kaza Teşkilatı ve Kadılar”, Güney-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi, Sayı:23, s. 68.

naib atanmasının öñü devlet tarafından da açılmış olup bu durum adalet sistemi-ne kaçınılmaz olarak olumsuz etkide bulunmuştur.

## 2. Kadı Yardımcısı Olan Naibler

Naib, Osmanlı adli teşkilatı içerisinde esas olarak kadı yardımcısı sıfatıyla görev almıştır. Kadıların yanında yardımcı sıfatıyla görev yapan naiblerin de adli görevlerinin yanında idari görevleri de bulunmuştur.

### a. Adli Görevleri

Kadı yanında görev alan naiblerin adli görevlerinden en önemlisi davayı bizzat görmesidir. Gerçekten de kadı, yanında görevlendirmiş olduğu naibe, dava görme yetkisi vermiş ise söz konusu naib, kadı gibi hukuki uyumsuzlukları karara bağlayabilmiştir<sup>67</sup>. Bu yöntem çerçevesinde özellikle farklı mezheplerden insanların yoğun bulunduğu bölgelerde şeriye mahkemelerine her bir mezhepten ayrı ayrı naibler atanmıştır. Örneğin Mekke kadılığında Şafi, Maliki ve Hanbeli mezheplerine mensup naiblerin görev yaptığı kayıtlarda geçmektedir<sup>68</sup>. Bununla birlikte söz konusu kayıta naiblerin önemli hususlarda karar alırken kadıyla birlikte hareket etmeleri, kadıya danışmadan karar almamaları emredilmiş; böylece şeriat aykırı karar verilmesi ihtimalinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Dava görme yetkisine haiz olmayan naibler ise sorgu hâkimi şeklinde davacı, davalı ve şahitleri dinlemiş, şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması yapmıştır. Bu şekilde naibin sorguladığı şahitleri, kadı da tekrar dinleyerek hüküm vermiştir<sup>69</sup>.

Naibler, kadı tarafından keşif yapması amacıyla da görevlendirilmiştir. Örneğin şeriye sicillerindeki kayıtlara göre Harput yöresinde mahkeme tarafından, sadat-ı kiramdan kimseler ile reaya arasında çıkan toprak uyumsuzluğunu yerinde görerek çözmesi için Mevlâna İsmail adlı bir naib görevlendirilmiştir. Burada Harput kadısı, naibini, gittiği yerdeki uyumsuzluğu çözmesi için de yetkilendirmiştir. Aynı mahkemeden bir diğer örnekte ise Harput'a bağlı Uluabat Nahiyesi Haringid Çayı'nda bir kişinin boğulduğu olayın yerinde keşfi için naib Mevlâna es-Seyyid Hacı Ömer Efendi görevlendirilmiştir. Kasım 1672 tarihli hüccete göre ise dirlik sahipleri ile bazı köylüler arasında çıkan sınır anlaşmazlığının çözümlenmesi için mahkemeden naib istenmiş olup Mevlâna Muhammed Efendi keşif yap-

<sup>67</sup> Demir, s. 45; Bayındır, s. 43.

<sup>68</sup> BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 211, s. 167-168.

<sup>69</sup> Demir, s. 45; Bayındır, s. 43.

ması için atanmıştır<sup>70</sup>. Bir başka kayıta ise fahişe ile içki içenlerin tespit edilmesi için subaşı tarafından naib görevlendirilmesi talep edilmiştir<sup>71</sup>. Bu da göstermektedir ki şeriye mahkemesi tarafından keşif için naib görevlendirilmesi, yalnızca mahkemenin iradesi ile değil reyanın veya kamu görevlilerinin talebi üzerine de mümkün olmuştur.

Miras paylaştırmada bağ, bahçe veya arazi gibi mallar söz konusu olduğunda naibler atanmış ve ilgili malları yerinde görmek üzere keşfe çıkmıştır. Konya kadı sicillerindeki miras davaları kayıtlarında geçen “...*canib-i şer'den Ahmed na'ib ta'yin olunup müteveffa-yı merkumun mahalle-i merkumede vaki' menzili üzerine zeyl-i kitabda isimleri mestur olan müslimin ile varup nazar olundukda...*”, “...*canib-i şer'den na'ib ta'yin olunan Ebuss'ud Efendi ile bağ-ı mezburun üzerine varup...*”<sup>72</sup> ifadeleri bu hususa açıkça işaret etmektedir.

Yine naibin keşfe çıkması ile ilgili bir başka örneğe aşağıda yer verilmiştir:

“...*bağım evinin kapısı önünde, evimin duvarında, yolumda ... Mustafa bir kerevid vaz' edip ... sabıkan kadı ... zamanında mezkur Mustafa ile niza' edip mevlana-yı mezkur zikir olan kerevidin üzerine nayibi olan Muslihiddin'i irsal edip ... Mustafa vaz' ettiği kerevidin bana zararı vardığını isbat edip nayib-i mezkur kal'ına hükm edip hükmünü mevlana-yı mezkura 'arz ettiğinde hükmü mukarrer tutup ol dahi niza' olunan kerevidin kal'ına hükm etti...*”<sup>73</sup> Burada uyumsuzluk konusunu yerinde incelemekle görevlendirilen naib, şikayet konusu yapının kaldırılmasına hükmederek hükmünü kadıya bildirmiştir, kadı da aynı şekilde karar vermiştir. Buna göre keşif için görevlendirilen naib tarafından verilen karar, her zaman son karar olmamış; kadı tarafından da denetlenmiş olup son karar kadı tarafından verilmiştir. Bu da kadının yanında dava bakmakla yetkilendirilen naiblerce verilen hükümlerin, daha iyi eğitim almış olan kadılar tarafından da denetlenmiş olduğunu göstermektedir. Bu durum adaletin tesisine önem verildiğine işaret etmektedir.

İstanbul kadılıklarının bazılarında, gece vakti dahi yargılama görevi sürdürülmüş olup bu işi yürüten görevliye “gece naibi” denilmiştir. Gece naibi, akşamdan

<sup>70</sup> Erdoğdu, s. 64, 73, 78-79.

<sup>71</sup> “... *subaşı ... mahkeme-i şerifeye adem gönderüp...fahişe ile ma'a oturup şurb-ı hamr ve fışk eyledikleri mesmu'um olmuştur üzerine varılıp tahrir olunması için taraf-ı şer'den na'ib taleb iderin didikde...*” **Orak, Muhammet Ali** (Editör) (2014) Konya Kadı Sicili (1070-1071/1659-1661) Defter 14, Konya, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, s. 254-255.

<sup>72</sup> **Orak**, Defter 10, s. 72, 74.

<sup>73</sup> **Aköz**, s. 218.

sabaha kadar görevinin başında bulunmuş ve acele görülmesi gereken adli işleri yürütmüştür<sup>74</sup>. Aşağıda gece naibi ile ilgili bir şeriye sicili kaydına yer verilmiştir:

*“Mahmiyye-i Galata subaşısı adamlarından ... Mustafa ... gelüb ... bazı na-mahrem kimesneler ... fahişe avret ile şürb-i hamr iderler kibel-i şer’den üzerlerine varılıb ahz olunmalarını taleb iderim didükde gece naibi olan Yunus irsal olunub...varub keşf eyledikde ...”<sup>75</sup>*

Gece naibi uygulamasına İstanbul kadılıklarında rastlanmış olmakla birlikte Osmanlı Devleti’nin başka bazı bölgelerinde de gece vakti mahkemelerin açık olduğu bilinmektedir. Şeriye sicillerindeki bir örneğe göre Harput yöresinde gece vakti içki içip elinde kılıç ile bir hanımın evinin önünde bağırarak Bekir bin Musa isimli kişi yakalanmış ve “gece ile mahkeme-i şer’e ihzar” edilmiştir. Söz konusu kayıta, Harput mahkemesinde gece vakti hangi görevlinin bulunduğu ise tespit edilememiştir<sup>76</sup>. 19. yüzyılda Diyarbakır’ı inceleyen bir çalışmada ise sicil kayıtlarına göre Diyarbakır kadılığında gece vakti bab naibinin görev yapmış olduğu belirtilmiştir<sup>77</sup>. Bu durum bab naibi ile gece naibi sıfatlarının aynı kişide birleşebilmiş olduğunu göstermektedir.

Naibler, merkez tarafından teftiş ile görevlendirilen kadıyla birlikte teftiş yapabilmektedir. Kayıtlarda geçen müessir fiile ilişkin bir olayda “...teftiş idüp göresin deyu ferman olunmağın ... kadı ... naibleri ile teftişe şüru olunup ...”<sup>78</sup> ifadeleri söz konusu kadının teftiş için görevlendirilmiş olduğu olayda birden fazla naibin yardımından faydalandığına işaret etmektedir. Bu bağlamda naibler adli hususlardaki teftişlerde de görev almıştır.

Son olarak kazalara atanan kadılar, kaza merkezine tabi olan nahiyelere adli işleri yürütmesi amacıyla naibler atayabilmektedir. Osmanlı Devleti’nin nahiyeye ve köyler dışındaki diğer idari birimleri aynı zamanda yargı merkezi niteliği taşımış olup her yargı merkezinde bir kadı bulunmuş ve o bölgenin hâkimi ve beledi işlerini yürüten bir mülki amir olmuştur. İş yükü çok fazla olan söz konusu kadılar, adli işleri yürütmeleri için nahiyelere naibler atamıştır. Kadılar tarafından nahiyeye-

<sup>74</sup> Akdağ, Mustafa (2018) Türkiye’nin İktisadi ve İçtimai Tarihi (1453-1559), 4. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, s. 427; Avcı, Mustafa (2012) Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 1. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, s. 107.

<sup>75</sup> Akman, s. 44-45.

<sup>76</sup> Erdoğan, s. 67.

<sup>77</sup> Yılmazçelik, s. 235.

<sup>78</sup> BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1355, s. 741-742.



lere atanan naiblere, kaza naibi denilmiştir<sup>79</sup>. Örneğin İstanbul'da, bilad-ı selase denilen Üsküdar, Galata, Eyüp ve İstanbul kadılığı görev yapmış olup söz konusu kadılıkların yanında Tophane, Beşiktaş, Balat ve Adalar gibi kaza naiblikleri bulunmuştur<sup>80</sup>. Kaza naibi, atanmış olduğu nahiyenin şeri işlerini, kaza kadısı adına yürütmüştür. Yine naibler, kadı tarafından şer'i işler için köylere gönderilebilmiş olup bu şekilde kadılar, uzak yörelerde meydana gelen olaylar hakkında bilgi edinebilmiştir. Naibler, kadının yanında kalıp gerektiğinde kadıya vekalet edebilmiş, aynı zamanda kazalarda bab naibliğini de kaza naibleri yürütmüştür<sup>81</sup>. Burada da kaza naibi ile bab naibi sıfatlarının aynı kişide birleşebilmiş olduğu görülmektedir.

#### b. İdari Görevleri

Kadı yanında görev yapan naibler, kadıya çeşitli idari görevlerinde yardımcı olmuştur. Özellikle İstanbul kadısının iş yükünün fazla ve çeşitli olması ve tek başına bu iş yükünün altından kalkmasının güç olması sebebiyle, çok sayıda yardımcı bulunmuştur. Bunlar arasında çeşitli sıfatlarla anılan naibler de mevcuttur. Söz konusu naiblerden kimisi mahkemede kadının yanında olmuş, kimisi İstanbul'un belirli bölgelerinde kadıya vekaleten bulunmuştur<sup>82</sup>.

İstanbul dahilindeki ticari işleri, esnafı, fırınları ve şehre girip çıkan eşyayı kontrol etmekle kadı naibleri görevlendirilmiştir. Örneğin, İstanbul'da çarşı ve pazarları dolaşarak esnafın alışverişini, terazilerini teftiş eden ayak naibleri, esnafın arasındaki ihtilafları çözümlenmiştir. Ayak naibleri, sahtekarlık veya vurgunculuk yapan esnafı cezalandırmış, ayrıca kanuna ve şeri hükümlere aykırı davranan esnafı da men ile cezalandırabilmiştir. Şüpheli mahallere, memnu mahallere ve gizli şekilde içki içilen yerlere baskın yapmak da ayak naibinin görevi olmuştur. Bunun dışında çardak naibi fiyatları tayin ve kontrolle görevli olup bu konudaki uyuşmazlıkları çözümlenmiştir. Çardak naibi, Çardak iskelesi denilen bölgede oturmuş ve deniz yolu ile hariçten gelen bütün eşyayı kontrol ederek resmini almıştır. Çardak naibine yardım eden yeniçeriler olduğu gibi maiyyetinde "pazar gammazları" denilen çok sayıda görevli bulunmuştur. Mum naibi mumculuk yapan esnafın işlerine bakmakla görevli iken yağ naibi yağ işleriyle uğraşmıştır. İstanbul Yağkapanı'nda bulunan yağ naibi, sade yağ ve zeytinyağı ile ilgili işlerle

<sup>79</sup> Cin/Akgündüz, s. 275. Kadılar tarafından başka kadıların yetkisinde olan kazalara naib gönderilmek suretiyle müdahale edilen durumlar da yaşanmıştır. Örneğin; **Orak**, Defter 10, s. 10-11.

<sup>80</sup> **Akman, Mehmet** (2004) Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, 1. Baskı, İstanbul, Eren Yayıncılık, s. 44.

<sup>81</sup> **Uzunçarşılı**, s. 121; **Bazna**, s. 7.

<sup>82</sup> **Uzunçarşılı**, s. 145.

ilgilenmiş olup esnafın ve tüccarların arasındaki uyuşmazlıkları çözümlenmiştir. Unkapanı'nda bulunan kapan naibi, zahire ve ekmekçileri denetlemiş, İstanbul'un ihtiyacını giderecek yeterlilikte ve türde zahirenin teminini ve kontrolünü sağlamıştır. Ayrıca ekmekçilerin hesaplarını incelemiş, davalar çözümlenmiştir. Kapan naibinin maiyetinde bir de veznedar bulunmuştur. Avarız naibi ise avarız vergisini toplamakla görevli olmuş, vergi vermeyenler aleyhinde hüküm vermiştir. Son olarak pastırma naibi, İstanbul'un ihtiyacını karşılayacak kadar pastırmalık hayvanın alınıp satılmasını denetlemiş, pastırma fiyatlarını tespit etmiş ve bu konuda çıkan ihtilafları çözümlenmiştir<sup>83</sup>. Burada naiblerin idari görev alanlarıyla ilgili uyuşmazlıkları çözmekle de yetkili oldukları görülmektedir. Bu anlamda belli alanda uzmanlaşmış olan naiblerin o konudaki ihtilafları da en doğru şekilde çözümlenecek kişi olarak görüldüğü dikkat çekmektedir.

Aşağıda yer verdiğimiz örnekte naiblerin cizye vergisini toplamakla görevlendirilebilmiş olduğu anlaşılmaktadır:

*"...İstanbul Mahkemeleri Naibleri, ... Rum, Ermeni, Trabzon'daki gayri müslimler ... cizyelerini, ... toplamak, tahsil etmek ve hazineye yollanmak hususunda, ... yazılı emir varit olmuştur. Şimdi siz, kendinize bağlı olan yargı çevresinde bulunan reayadan ... cizyeleri tahsil edesiniz..."*<sup>84</sup>

Söz konusu kayıt aynı zamanda, naiblerin, üstlenmiş oldukları görevlerle ilgili idare tarafından bizzat muhatap alındığına da işaret etmektedir. Anadolu'nun farklı bölgelerinde naibler ile yapılan yazışmalara rastlanılmıştır. Aşağıda vereceğimiz örnekte ise kadıya verilen emir yerine getirilmemiş ve naib tarafından merkeze gönderilen mektupta kadı olmaması sebebiyle emrin icrasının yetişmeyeceği bildirilmiştir. Merkez ise söz konusu hususun önemli olduğunu ve bu işle naibin bizzat ilgilenmesini emretmiştir. Dolayısıyla kadının yapması gereken idari işler hakkında gerekli görüldüğünde naibler de görevlendirilebilmiştir:

*"Erim Nâibine hüküm ki: Mektûb gönderüp ... Sımâv kadısına virilüp ...dört aydan ziyâde olup gelmeyüp mesâlih-i müslîmîn ve mühimmât-ı mirî mu'attal olup husûsan kendir emri hâli kalup kadı olmayınca sefere irişmez deyü bildirmişsin... buyurdum ki; ... kendir umûrına sen bi'z-zât mukayyed olup ...*

<sup>83</sup> İpşirli (2006) s. 312; Demir, s. 45; Uzunçarşılı, s. 145-146.

<sup>84</sup> Şer'îye Sicilleri II, s. 165.

*üzerine durup irişdürüp bu cânibe gelen gemilere tahmil idiüp göndermek bâbında ikdâm ü ihtimâmın zuhûra getüresin...*<sup>85</sup>

Merkez tarafından kadıya verilen adli ve idari görevlerin bir arada yürütülmemesi halinde naibin idari görevle ilgilenmesi emredilmiştir: “*Gelibolu kâdisına hüküm ki: ...“Bundan akdem Biga sancağı beğın teftiş için sana hükm-i şerifüm gönderilüp... kürekci ihrâcî için emr-i şerifüm ...; “Teftişe mâni’ olmuştur.” diyü bildürmüşsin... kürekci husûsın nâyibün ile gördürüp... sen emr-i sâbıkum mücebince ... teftiş husûsına mübâşeret üzere olasın.*”<sup>86</sup> Burada Gelibolu kadısı, merkeze kürekçi gönderilmesi görevinin, Biga Sancağı Beyi’ni teftiş etmesine engel olduğunu bildirmiş olup merkezden gelen cevapta, kürekçi tahsisi işiyle naibin ilgilenmesi, kadının ise teftiş işini yürütmesi emredilmiştir. Söz konusu olayda adli işin değil idari işin naibe verilmesi dikkat çekicidir. Zira kadı ve naibin almış olduğu medrese eğitimi arasındaki fark fazladır. Bu bakımdan naibin idari işle görevlendirilmiş olması, adli işin daha önemli görüldüğüne ve kadı tarafından çözümlenmesine önem verildiğine işaret etmektedir.

Kadı tarafından merkeze gönderilen bir kayıta ise emredilen kerestelerin hazırlanması hususunda naibi Muslihiddin’in “ehl-i vukuf”<sup>87</sup> olduğu belirtilmiş olup merkez tarafından verilen cevapta, gemi mühimmatı için adı geçen naibin görevlendirilebileceği bildirilmiştir<sup>88</sup>. Buna göre devletin gemilerinde kullanılacak malzemelerin tedarik edilmesi hususunda da naibler rol alabilmiştir. Bir başka kayıta ise naibin köprü yapımında görevlendirilmesi söz konusudur<sup>89</sup>. Bu şekilde çok farklı alanlarda görev alan naiblere rastlanmıştır.

Naibler, yanında görev yapmış olduğu kadının, merkez ile iletişim kurmasında da rol oynamıştır. Mühimme defterlerinde geçen “...*Gölbazarı kadısının na’ibi Kemal ile Südde-i sa’adet’üme mektub gönderüp...*”<sup>90</sup> ya da “*Rodoscuk kadısına hüküm ... Naibin mektub gönderüp...*”<sup>91</sup> şeklindeki kayıtlardan anlaşıldığı üzere kadılar naibleri aracılığıyla Divan-ı Hümayun’a mektup göndermiş ve devlet merkezi ile haberleşmesinde naiblerden faydalanabilmiştir<sup>92</sup>. Yine İstanbul’da

<sup>85</sup> BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 845, s. 495.

<sup>86</sup> BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri I, Hüküm No: 795, s. 400-401.

<sup>87</sup> Ehl-i vukuf, bilirkişi anlamına gelmektedir. **Devellioğlu**, s. 1342.

<sup>88</sup> BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1110, s. 629.

<sup>89</sup> BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1982, s. 1040-1041.

<sup>90</sup> BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 441, s. 196.

<sup>91</sup> BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 539, s. 344-345.

<sup>92</sup> Naibin gönderdiği kayıt hakkında kadıya yazı yazılan durumlar da mevcuttur: “*Edirne kâdisına hüküm ... Nâyibün Mehmed ... sûret-i sicil gönderüp; ...Pîri bin Mehmed için; “Bursa’da ... mahbûs olup ... lâkin...*”

yaşanan et sıkıntısını gidermek amacıyla belli bölgelerden koyun talep edilmiş olup kadılara yazılan emirde “...koyunların ... ihrac itdürüp na'ibleriniz koşup ... gönderüp ... koyun eminine teslim itdiresin.”<sup>93</sup> şeklinde naiblerin bu görevi yerine getirmesi emredilmiştir. Dolayısıyla naibler, görev yapmış oldukları bölgenin merkez ile alışverişinde de rol almıştır.

#### D. NAİBLİK ÜCRETİ

Osmanlı Devleti'nde naiblerin ücreti, işlemler karşılığında alınan harçlardan karşılanmıştır. Bu uygulama kadılar için de geçerli olduğundan, burada kadınların ücretlerinin nasıl belirlendiğinden bahsetmek gerekmektedir. Osmanlı Devleti'nde önceleri kadınların belirli bir maaşı olmamıştır. Kadınlar, icra etmiş oldukları işlemlere karşılık alınan harçların bir kısmı ile geçinmişlerdir<sup>94</sup>. Bu miktarı az bulan veya geçinemeyen bazı kadınlar ise haksız kazanç sağlamak amacıyla usulsüz işlemlere başvurmuştur. Yıldırım Beyazıt'ın yol-suzluk yapan kadınları önce bir eve koyarak yakmak istediği; vezirinin, bu durumun kadınların geçinecek kadar maaşlarının olmamasından kaynaklandığını söylemesi ve ülkede kadı kalmayacağını bildirmesi üzerine vaz geçtiği ve kadınların görmüş olduğu işler için belirli bir ücret tespit ettiği bilinmektedir<sup>95</sup>.

Osmanlı Devleti, kadı ve naiblerin hangi işlemlerden ne kadar ücret alacağını kanunnameler ile düzenlemiştir. Alınan ücretler, icra edilen işleme veya bakılan davaya göre nikah, itak, talak, sicil, hüccet, mürasele gibi isimlerle anılmıştır<sup>96</sup>. Bu hususu özel olarak düzenleyen bir kanunname hükmü:

“...Ve itik-name'den altmışaltı akçe; ellisi kadının, onu naibin .... Ve müraseleden onaltı akçe ve sicillata sebt olunan kazayadan resm-i sicil sekiz akçe;

*dört-beş nefer eyülüğüne şehâdet eyledüklerin” bildürmüş. ... Nâyib ol vechile sicill eylemeğe sebep nedir? ...teftiş eyleyüp göresin; sâbıkâ sirka töhmeti sâbit olup sicill olmuş iken hâlâ nâyib-i mezbûr ol vechile sicill eylemeğe sebep nedir, fi'l-vâkı ' günâhı olmayup hulâf-ı vâkı ' mı habsolmuşdur, yohsa hursuzluğu mukarrer iken nâyib-i mezbûr hulâf-ı vâkı ' mı sicill eylemişdür, ...yazup bildüresin.” BOA 12 Numaralı Mühimme Defteri I, Hüküm No: 692, s. 445.*

<sup>93</sup> BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 159, s. 134.

<sup>94</sup> **Uzunçarşılı**, s. 91; **Halaçoğlu**, 127.

<sup>95</sup> **Uzunçarşılı**, s. 91-92; **Kılıç, Ahmet** (2016) “Yıldırım Bayezid Han'ın Devlet Yönetimine Işık Tutan İki Osmanlıca Makale ve Tahlilleri”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı: 1, s. 10-11. Vakıa için ayrıca bakınız: **Aşık Paşazade** (2003) *Osmanoğulları'nın Tarihi*, Hazırlayanlar: Yavuz, Kemal/Saraç, Yekta, İstanbul, K Kitaplığı Yayınları, s. 39-40.

<sup>96</sup> **İpşirli** (2006) s. 313.

*altısı kadının, biri naibin ... Ve müteveffa muhalledfatı kısmet olundukda binde onbeş akçe alınup; onu kadının, beşi naible eminindir...*<sup>97</sup>

Yine 1480 tarihli bir kanunnameye göre itakname düzenlendiğinde kadı 30 akçe alırken naib 1 akçe, nikah kıyıldığında kadı 20 akçe alırken naib 5 akçe, hüccet düzenlendiğinde kadı 15 akçe alırken naib 1 akçe almıştır. 1644 tarihli başka bir kanunnamede ise itakname düzenlendiğinde kadı 50 akçe alırken naib 10 akçe, nikah kıyıldığında kadı 20 akçe alırken naib 5 akçe, hüccet düzenlendiğinde kadı 20 akçe alırken naib 5 akçe almıştır<sup>98</sup>. Görüldüğü üzere zaman içerisinde bazı işlemlere ait ücretler sabit kalırken bazıları değişmiş olup kadı ve naib arasındaki ücret farkı ya sabit kalmış ya da açılmıştır.

Kanunnamelerde ücreti kadı ile paylaşımına tâbi tutulan naib, kadının yardımcıları statüsünde olan naibdir. Kadı yerine atanan naibler ise kadı için belirlenmiş olan ücretleri kendi nam ve hesaplarına tahsil etmiştir. Ayrıca 16. yüzyıl sonlarına doğru kanunlarla belirlenen kadı ve naib ücretleri, 19. yüzyıla kadar değişmeden uygulanmıştır<sup>99</sup>.

## E. NAİBİN VE HÜKÜMLERİNİN DENETLENMESİ

Osmanlı Devleti, naibleri hakkında merkeze yapılan şikayetleri titizlikle incelemiştir. Aşağıda yer vermiş olduğumuz kayıтта suç işleyen kimseleri koruyan naibler olduğundan bahsedilmektedir:

*“Menteşe Beyine hüküm ... Mektûb gönderüp ... ehl-i fesâd suhteler ... müslimanların evlerin basup mâlların alup ekser fesâd idenlerin karındaşları ... ba’zı nâyib ... anlara mu’âvenet olup ele virmezler ... Anun gibi ... suhte tâ’ifesinden fesâd ü şenâ’at idenleri ele getürüp ... da’vâ-yı hakk idenler ile berâber idüp toprak kadıların ahvâllerin şer’le görüp ... lâzım geleni icrâ idüp ... kısâs lâzım gelmeyenleri ... küreğe koşup sâbit olan fesâd ü şenâ’atların sûret-i sicillerin ... gönderesin. Anun gibi mu’ayyen ve zahîr olanların dahi ehl-*

<sup>97</sup> Akgündüz, Ahmed (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, I. Kitap, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, s. 191.

<sup>98</sup> İnalçık, s. 78.

<sup>99</sup> Demir, s. 45.

*i fesâd ü şenâ'ate mu'ayyen ü zahîr oldukları sâbit olanların sûret-i sicillerin ... gönderüp ... anlar hakkında emrim ne vechile olursa amel eyleyesin...*<sup>100</sup>

Söz konusu kayıta Menteşe Beyi, suç işleyen kimselere yardım eden ve koruyan köy kethüdası, naib ve hatip gibi görevlilerin olduğunu merkeze bildirmiş olup merkez ise suçlara yardım ettiği sabit olan bu görevliler hakkında bilgilerin gönderilmesini ve bu konuda vereceği emre göre hareket edilmesini bildirmiştir. Dolayısıyla suç işlediği konusunda hakkında şikâyet olan naibler ile ilgili kararlar merkez tarafından alınabilmektedir. Bir başka örnekte ise hakkında sahte mühür yapmak, aldatıcı hüccetler düzenlemek ve halkı dolandırmak gibi suçlamalar bulunan naib ile ilgili geçen "...teftiş idüp göresiz; ... mezbûrun zulm ü te'addisi şer'le sâbit olursa erbâb-ı hukûka müteveccih olan hukûkı ahıvirdükden sonra tevzîr ü telbisine müte'allik husûsı dahı onat tetebbu' idüp kazıyyesi neye müncer olursa kendüyi habsden itlâk itmeyüp üzerine sübût u zuhûr bulan mevâddı ... arzidesiz."<sup>101</sup> ifadeleri, söz konusu naib hakkında yargılamanın bulunduğu bölgede yapıldığını göstermiştir. Buna göre naibler, haklarındaki suçlamalarla ilgili görev yaptıkları bölgede yargılanabildikleri gibi merkezde de davaları görülebilmektedir.

Naiblerin teftişi, mehayif müfettişleri tarafından da yürütülebilmektedir: "*Hudâvendigâr Sancağı Beği Abdurrahmân Beğ'e ve Kütâhiyye kâdisına hüküm ki: ...sancaklarında sancakbeği sübaşıları ve zü'amâ vü kuzâtu nüvvâbu sipâhî ... re'âyâya zulmü te'addîleri olup ... sancakların mezâlimü mahâyifi teftîşin sana emridüp buyurdum ...varup teftîşe şürû' eyleyüp ... beğlerden ... kuzâtu nüvvâbdan ... beğlerbeği vü sancakbeği sübaşılardan ... sipâhî tâyifesinden ... re'âyâ ve kurâ vü kasabât halkından her kimden ise gelüp da'v[â]-yı hakk idüp tezallüm iderler ise ... teftîşü tefahhus idüp göresiz; ... her kimün ... zulmü te'addîsi sâbitü zâhir olursa ... arzeyeysiz ...[emrüm] ne vechile sudûr ider ise ... amel oluna... arza muhtâc olmayanları şer'le lâzım geleni mahallinde icrâ idüp...*"<sup>102</sup> Burada sancak beyi, subaşılar, sipahiler ile birlikte naiblerin mehayif teftişine tâbi tutulması emredilmiş olup suçu sabit olanlardan merkeze arzı gerekmeyenlerin cezalarının verilmesi; merkeze arzı gerekenlerin arz edilmesi ve verilecek emre göre hareket edilmesi bildirilmiştir.

<sup>100</sup> BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 559, s. 353.

<sup>101</sup> BOA 6 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 380, s. 224.

<sup>102</sup> BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri II, Hüküm No: 1829, s. 325-326.

Reayadan haksız kazanç elde eden naiblerin, söz konusu kazançları iade etmeleri de devlet tarafından takip edilmiştir: “Müfettiş ...’a hüküm ... Mahmûd nâm nâib üzerinde dahı altı bin kırk akça zuhûr idüp gaybet eyleyüp ... virmekde nizâ’ itdükleri i’lâm olunmağın buyurdum ... nâib-i mezbûrı dahı bi’l-fi’l gaybet itmiş ise şer’le buldurması lâzım olanlara buldurup getürdüp nâib-i mezbûrı ve .... zimmetlerinde zâhir olan mâlı bi’t-tamâm tahsil itmeyince itlâk itmeyesin.”<sup>103</sup> Burada haksız kazanç sebebiyle teftiş edilen naibin, zimmetinde bulunan malı tamamen iade etmeden salıverilmemesi emredilmiştir.

Yine merkeze gönderilen suret-i sicillerin incelenmesi üzerine naib hakkında kürek cezası verilmiş olup cezanın uygulanması amacıyla ilgili naib ve diğer kişilerin merkeze gönderilmesinin emredildiği kayıtlar mevcuttur<sup>104</sup>. Buna göre, suç işlediği tespit edilen naiblerin yerel yöneticiler tarafından değil, merkez tarafından cezalandırıldığı durumlar Osmanlı Devleti’nde mevcut olmuştur. Bir başka kayıta ise daha önce hapsedilmiş bir naibin hapisten çıkarılmasının merkez tarafından yörelin idarecisine emredildiği görülmektedir<sup>105</sup>. Dolayısıyla naibler hakkındaki cezalandırmalar merkez tarafından takip edilmiştir.

Naibler hakkındaki şikayetler incelenirken, şikayetlerin doğru olup olmadığı da sorgulanmıştır: “Bi’l-fi’l Mar’âş Mahkemesi’nde Nâib olan Şeyhî ve Kâtib Mehmed ve İsmâ’il nâm kimesneler ittifâk idüp kâdî nâmına müzevver mühürler kazıdub bâzı husûslara temessükler virüp tezvîre sülûk itdükleri Südde-i Saâdetümde i’lâm olunmağın buyurdum ... mezkûrlar vech-i meşrûh üzere müzevver mühür kazıdub bâzı âyân-ı kimesnelere temessük virdükleri vâkı’ mıdır, ... vilâyetden ve mu’temedün-aleyh kimesnelerden tettebbu’ u tafahhus idüp şer’ ile tezvîrü telbisleri sâbitü zâhir olursa habsidüp ... arzeyeleyesiz; ... emrüm ne vechile olursa amel eyleyesiz. Ammâ; bu [bâ]bda mukayyed olup kendü hâllerinde ise ehl-i garaz söziyle şer’-ı kavîme muhâlif te’addî itdürmeyesiz.”<sup>106</sup> Buna göre iddiaların doğru olup olmadığı araştırılması, doğru ise naib ve beraberindekilerin hapsedilmesi ve verilecek emre göre hareket edilmesi bildirilmiş fakat iddialar doğru değil ise kötü niyetli kimselerin sözü ile haksızlık edilmemesi tembihlenmiştir. Dolayısıyla devlet; kamu görevlilerini bir

<sup>103</sup> BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri II, Hüküm No: 1198, s. 5-6.

<sup>104</sup> “...Kebşüd kâdısı Karacalar nâibi ile İlyâs nâm kimesnenin ahvâlin teftiş idüp yaramazlığına sûret-i sicil gönderdüki ecilden küreğe emr idüp buyurdum ki: Zikr olunan üç nefer kimesneleri yarar âdemler ile gönderesin ki küreğe konular...” BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1141, s. 644. Teftiş edilen naibin suçunun sabit olması halinde merkeze gönderilmesi yönünde bir başka kayıt: BOA 6 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 990, s. 94-95.

<sup>105</sup> BOA 6 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 666, s. 377-378.

<sup>106</sup> BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri I, Hüküm No: 1088, s. 542-543. Aynı hususla ilgili bir başka örnek: BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri III, Hüküm No: 2455, s. 252.

yandan denetlerken diğer yandan bu kimselerin zan altında bırakılarak görevlerini icra etmelerinin engellenmesini önlemeye yönelik hareket etmiştir.

Osmanlı Devleti, naiblerin yanı sıra vermiş oldukları hükümleri de denetlemiştir: “...ve hilâf-ı şer’ kazıyye hükm iden nâibler ne makûle kimesnelerdir. Anun gibilerden müslimânlar gelüp şekvâ iderler ise şer’a muhâlif hükm itdükleri kazâyâ ne ise ma’lûm idinüp mücesselâtdan sûretin ihrâc itdürüp tafsîl-ı ahvâllerin mufasssalü meşrûh isimleriyle yazup bildiresin. Sonra anlar hakkında emrim ne vechile sâdır olur ise mücebi ile amel eyleyesin.”<sup>107</sup>

Buna göre hakkında şikâyette bulunulan naiblerin nasıl kimseler oldukları, şer’i hükümlere aykırı şekilde karara bağladıkları davalar ile ilgili malumatla birlikte ayrıntılı olarak merkeze bildirilmesi ve verilecek emir üzere hareket edilmesi Kastamonu Bey’ine ve yöre kadılarına yazılmıştır. Burada Divan-ı Hümayun’un, naiblerle birlikte naibler tarafından verilen hukuka aykırı kararları da denetlemesi söz konusudur. Zira Divan-ı Hümayun, şeriye mahkemelerinde görülen davaları bir çeşit temyiz mercii gibi tekrar görebilmiştir<sup>108</sup>. Söz konusu olayda ise naiblerin hükümlerinin şer’i kurallara aykırı olup olmadığının tespiti, davaların Divan-ı Hümayun tarafından tekrar görülmesi ile mümkündür. Bu bakımdan naibler tarafından karara bağlanan davalar da kadıların vermiş olduğu kararlarda olduğu gibi Divan-ı Hümayun tarafından tekrar incelenebilmiştir. Dolayısıyla naibler tarafından verilen kararların da devletin en yüksek yargı organı tarafından incelenmiş olması, Osmanlı Devleti’nin adaletin tesisine vermiş olduğu öneme işaret etmektedir.

Naiblerin hukuka aykırı karar vermiş olduğuna dair iddiaların geçtiği bir başka kayıta ise davaların yerel mahkeme tarafından tekrar görülmesi emredilmiştir. Kayıtta geçen “...Şumnu ve Hezârgrad kâdılarına hüküm ... ahvâl-i re’âyâ ziyâde ihtilâl üzre olup bu tâyifeden gayri re’âyânun birbirini üzerinde hukûk-ı şer’iyyesi olup görülmesin taleb idüp; “Vilâyet hâkimlerine mürâca’at idün.” dinildükde; “Maslahatımız ihmâl idüp görivirmediler ve nâyibler hasmımıza meylidüp hilâf-ı şer’ hükmitdiler.” diyüp ve ba’zı fukarâ ümenâ vü ummâl ve sâyir mübâşirin üzerlerine şer’le isbât-ı hukûk idüp alvirilmesin taleb itdüklerinde; “Bunlarun husûsları arza muhtâcdur.” didüklerin” arzyledüğün ecilden buyurdum... Arzolunduğu gibi ise ... da’vâları kuzâtu nüvvâb hilâf-ı şer’u kânûn hükmitmiş olalar, anun gibi kazâyâyı tekrâr ... istimâ’ idüp şer’u kânûnla faslidüp...”<sup>109</sup> ifadeleri çerçevesinde, denilebilir ki, Osmanlı Devleti’nde, naibler tarafından verilen

<sup>107</sup> BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 182, s. 148-149.

<sup>108</sup> **Cin/Akılmaz**, s. 132.

<sup>109</sup> BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 47, s. 22-23.



kararlar, şikayet üzerine yerel mahkemelerce tekrar görülebilmiştir. İslam hukukuna göre ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararlar kesin olmakla birlikte hukuka aykırı olduğu iddia edilen kararlar tekrar görülebilmiştir<sup>110</sup>. Buna göre Osmanlı Devleti'nde kadıların vermiş olduğu kararlar için yapılan bu uygulama naibler tarafından verilen kararlar için de uygulanmıştır. Naiblerce şeri hükümlere uygun verilen kararlar, kadı tarafından da değiştirilememiştir<sup>111</sup>.

## F. NAİBİN AZLEDİLMESİ

Osmanlı Devleti'nde naibler, kadılar tarafından atandığı gibi yine kadılar tarafından azledilmiştir<sup>112</sup>. Naiblerin azledilmesi hususuyla ilgili şeriye sicillerinde yer alan önemli bir örneğe aşağıda yer verilmiştir:

“... mektub gönderüp kazâ-i mezbûrda muhzır olan ... Veli ve ... Abdal nâm kimesnelerden ahâlî-i vilâyet meclis-i şer'a ... “mezbûr yigirmi otuz yıllık nâ'ib ve muhzırlardır. Zarar-ı âmları vardır”, deyü refolunmaların arz itdügün ecilden buyurdum ... Nüvvâb ve muhzırların azlu nasbı kuzâta müfевvezdir. Eger bu ma'lûmun ise arz etmene bâ'is nedir, niçün te'addî olanları def etmezsin? Eger ma'lûmun değil ise ma'lûm idinüp dahi kazâna tâbi' olan eger nâ'iblerdir ve eger muhzırlardır anun gibi re'âyâyâ te'addî olanları ref eylesin.”<sup>113</sup>

Buna göre Gerger kadısı, yanında çalışan naib ve muhzırla ilgili görevden alınmaları için Divan-ı Hümayun'a şikâyette bulunmuş; verilen cevapta naib ve muhzırları atama ve azletme yetkisinin kadının kendisinde olduğu belirtilmiştir. Burada kadının bu hususu bilmemesinden ziyade uzun sürelerle o bölgede görev alan naib ve muhzırların görevden alınmasında güçlük yaşayabileceğini düşünerek hareket etmiş olduğu değerlendirilmektedir. Buna göre yirmi otuz yıl gibi sürelerle o bölgede görev alan ve halka zulmettikleri anlaşılan bu kişilerin nüfuzlu olması ihtimali çerçevesinde kadı, merkezden alacağı bir emrin, muhzır ve naibi görevden almasını kolay-

<sup>110</sup> Ekinci, Ekrem Buğra (2001) Ateş İstidası İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 40-43.

<sup>111</sup> Ebussuud tarafından verilen ve bu hususa işaret eden bir fetva: “Zeyd-i kadı, naibi Amr'ın Şer'a muvafık hükmünü tağyire kadir olur mu? Cevap: Olmaz.” Avcı, s. 107.

<sup>112</sup> Akman, s. 43.

<sup>113</sup> Akman, s. 43; Demir, s. 44; BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 282, s. 209.

laştırabileceğini düşünmüş olmalıdır<sup>114</sup>. Zira Osmanlı Devleti'nde kadıların görev aldıkları bölgedeki idarecilerle ilgili uyumsuzluklarda, merkezin çözümlüne başvurmuş olduğu bir gerçektir.

Bununla birlikte naibin görevini kötüye kullanması halinde merkez, ilgili naibi azletmesi için kadıyı ikaz edebilmiş, bu hususta kadıya emir verebilmiş ya da bizzat naibi görevden alabilmiştir. Örneğin 1560 tarihli Sivas Beylerbeyi'ne yazılan bir mühimme kaydında Sivas'ta görev yapan naibin kanuna aykırı davranmasından ötürü azledilmesi için kadıya hükm-i şerif gönderildiği fakat naibin halen görevde olduğunun duyulduğu; beylerbeyi tarafından söz konusu emrin uygulanıp uygulanmadığının kontrol edilmesi, eğer söz konusu naib görevde ise şu an görev yapmakta olan kadı tarafından mı yoksa daha önce görev yapmış olan kadı tarafından mı görevlendirilmiş olduğu, halen görevli olan kadı tarafından görevlendirilmiş ise naibin ne kadar süredir görevde olduğu, söz konusu naibin emre aykırı olarak görevlendirilmesinin sebebinin ne olduğu hususlarını öğrenerek merkeze bildirmesi ve daha sonra verilecek emre göre hareket etmesi belirtilmiştir<sup>115</sup>. Görüldüğü üzere padişah vermiş olduğu emrin uygulanmamış olmasının nedenlerini ayrıntılı şekilde teftiş ettirmiştir. Özellikle naibin hangi kadı tarafından görevlendirilmiş olduğunun üzerinde durulması, emre aykırı hareket edilip edilmediğinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Yine bir başka örnekte geçen *"...nâyiübün re'âyâyâ zulmü ... olup niyâbetden ref olunmak için ahkâm-ı şerife virilmişiken ref olunmamağa sebep nedür, re'âyâyâ zulmü ... olmayup şikâyet idenler hılâf-ı vâkı' mı şikâyet iderler, yohsa ... ahkâm-ı şerifeyi kendü satun mı almışdur, aslı nedür; ... arzidesin."*<sup>116</sup> ifadeleri, görevden alınması emredilen naibin neden hala görev aldığı ve şikâyet-

<sup>114</sup> Bu yorumumuza açıkça işaret eden bir başka örnek: *"Bağdâd beğlerbeğisine ve Bağdâd kâdisına ve Mendelic kâdisına hüküm ... Sen ki Mendelic kâdisısın, ... mektüb gönderüp; "Nâyiüb olan Abbâs on beş yıldan ziyâdedür ... nâyiüb olup re'âyâyâ zulmi olup niyâbetden ref" için hükm-i şerif gelüp ref olunup ümerâ ve ba'zı a'yân mu'in olmağla girüp nâyiüb olup fukarâyâ zulm ... eylemekden hâli olmaduğın" bildürmişsin; "niyâbetden ref olmağ için hükm-i şerî recâ eyledüklerin" arzitimişsin. Buyurdum ... husamâsıyla berâber idüp ... kazıyyelerin şer'le göresin; ... te'addisi sâbit olursa niyâbetden ref idesin."* BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri II, Hüküm No: 1842, s. 331. On beş yıldan fazla aynı yerde görev almakta olan naib daha önce azledilmesine rağmen ümeradan ve ayandan bazı kişilerin yardımları ile tekrar göreve başlamış ve yöre kadısı tarafından ilgili naibin azli için merkezden hükm-i şerif istenmiştir.

<sup>115</sup> BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1409, s. 624-625. Emre aykırı işler yapan naibin görevden alınmasının merkez tarafından emredildiği başka örnekler: BOA 6 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 385, s. 226; BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri I, Hüküm No: 1005, s. 501.

<sup>116</sup> BOA 6 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1230, s. 227.

lerin doğru olup olmadığı hususlarının araştırılmasını emretmektedir. Burada merkezin, her ne kadar görevden alma emri vermiş olsa da iddiaların gerçek olup olmadığının tekrar araştırılmasını istemesi, haksız uygulamaya mahal verilmemesi adına önemlidir.

Yine aşağıdaki mühimme kaydına göre görevine uygun hareket etmeyen naibin görevden alınarak teftiş edilmesi, üzerinde hak iddia edenlerin davalarının görülerek haklarının iade edilmesi merkez tarafından emredilmiştir:

*“Koca-ili begine ve Üsküdar kadısına hüküm ... suret-i sicil gönderüp kaza’-i mezburda Na’ibü’ş-Şer olan Abdi ... ağaç tevzi’inde ... nam kimesne-nün buğdayın alup, taleb idüp inkar eyledükde udul-i Müsliminden şahadet itdüklerin i’lam eylemişsin. İmdi, buyurdum ... mezbura emrüm mucebince min-ba’d niyabet itdürmeyüp teftişe habs ile alup gidüp ağaç tevzi’i hususun dahi mezburdan hak da’va ider kimesne varsa husama muvacehesinde ...teftiş idüp ... hakların aliviresin. Ba’de’t-teftiş sabit olan mevaddın mufasal... arz idesin... emrüm ne veçhile olursa ... amel eylesin.”<sup>117</sup>*

Ankara Mirlivasiyle Ankara ve Murtazabad kadılarına hitaben yazılan 15 Haziran 1589 tarihli bir fermanla ise naib, merkez tarafından azledilmiş ve bu husus ilgili kadıya bildirilmiştir: *“Zulmü haber alınan Murtazabad Naibi’nin azledildiği, bu emrin geleceklere örnek ve ibret olmak üzere Murtazabad mahkemesi siciline kaydı, aslının ise mutemet bir kimseye verilmesi”<sup>118</sup>*. Bir başka mühimme kaydında ise hukuki bir meselede hilesi görülen naib hakkında *“...sen ki kadısın, mezbura ... niyabet itdürmeyüp, bu hükm-i hümayunumun suretin sicill-i mahfuza kayd idesin ki min bad ... kim kadı olursa ... mezbura niyabet itdürmeyeler.”<sup>119</sup>* şeklinde emir verilmiştir. Daha sonra kadı olanların da söz konusu naibi görevlendirmemesi amacıyla, naib hakkındaki hükmün suretinin sicile kaydedilmesi, Osmanlı Devleti’nde usulsüz hareket eden naiblere karşı titizlikle hareket edildiğine ve adalet işlerinde

<sup>117</sup> BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 717, s. 317. Aynı hususla ilgili örnekler: BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 42, s. 66; BOA 6 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 903, s. 54.

<sup>118</sup> **Arık, Feda Şamil** (1997) “Osmanlılarda Kadılık Müessesesi 1”, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı: 8, s. 22; **Demir**, s. 44; **Ongan, Halit** (2014) Ankara’nın İki Numaralı Şer’iye Sicili, 2. Baskı, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 80.

<sup>119</sup> BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1636, s. 728-729. Aynı hususla ilgili bir başka örnek: 7 Numaralı Mühimme Defteri II, Hüküm No: 1197, s. 5.

usulsüz davranan naibin bir daha görev almaması için özen gösterildiğine işaret etmektedir.

Bir başka kayıтта ise hukuka aykırı hareket eden naib azledilmekle kalmamış ayrıca sürülmüştür. 1561 tarihli söz konusu vakıada sahtekarlık yaptığı şikâyeti üzerine hakkında teftiş yapılan ve suçu sabit olan naib bulunduğu yerden Rodos'a sürülmüştür<sup>120</sup>. Buna göre naibler hukuka aykırı işlem yaptıklarında ayrıca sürgün cezası ile cezalandırılabilmiştir.

Sonuç olarak Osmanlı Devleti'nde naibler kadı tarafından azledilmekle birlikte, hukuka aykırı hareket eden, kendi hesabına çıkar sağlayan, halka zulümde bulunan ve hakkında şikâyet olan naiblerden suçu sabit olanlar bizzat merkez tarafından azledilebilmiştir.

## G. NAİBLİK KURUMUNUN YOZLAŞMASI

Adli teşkilatta önemli bir yer teşkil eden naiblik kurumu, çeşitli sebep ve uygulamalarla yozlaşmıştır. Bu sebepler arasında naiblerin yetersiz kişiler arasından atanması, naiblerin naib atamasının sıklıkla uygulanması, taşra yönetiminde görev alan kamu görevlilerinin naib ataması, naiblerin uzun süreler görev yapması ve naibliğin iltizam usulü satılması gibi hususları sayabiliriz.

Gerçekten de yetersiz kişiler arasından naib atanması usulü devletin son zamanlarında sıkça uygulanmıştır. Mevali derecesindeki kadı ve müderris çocuklarına, yeterli bilgi sahibi olup olmadıklarına bakılmadan müderrislik veya kadılık verilmiş olup bu kişiler de yerlerine naib atamıştır<sup>121</sup>. 19. yüzyılın sonlarında Hicaz Bölgesi hakkında Yıldız Sarayı'na sunulmuş olan bir raporda, bölgede yeni ve donanımlı mektepler kurulması, bu mekteplerden şehadetname alarak mezun olmamış şeyh, kaymakam, müderris ve kaza naibi gibi görevlilerin çocuklarının, babaları yerine göreve getirilmemesi gerektiği belirtilmiştir<sup>122</sup>. Buna göre, yörede yargılama yapmakla görevli kaza naiblerinin çocuklarının, eğitilmiş olup olmamasına bakılmadan babaları yerine kaza naibi olarak görevlendirilebilmiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla eğitimsiz kişilerin naib sıfatıyla yargılama yapmasının, bu kurumun yozlaşmasında önemli bir etken olduğu söylenebilir.

<sup>120</sup> BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1640, s. 730-731.

<sup>121</sup> Demir, s. 44.

<sup>122</sup> Akşin Somel, Selçuk (1996) "Osman Nuri Paşa'nın 17 Temmuz 1885 Tarihli Hicaz Raporu", Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 29, s. 19.

Yine naibler, kendi yerlerine naib atayarak, ehil olmayan kişilerin adli teşkilatta yer almasını kolaylaştırmıştır. Bu yöntemin sıkça uygulanmış olduğu şeriye sicillerinden anlaşılmaktadır. Örneğin 1761 yılı Ağustos ayında eski İstanbul kadısı Ladiki zade Fevzullah Nazif Efendi'ye arpalık olarak tahsis edilen Antep kazasında görev yapmakta olan Antep naibi Vaiz zade Mehmet Efendi, aynı tarihte Mevlana Hacı Mustafa Efendi'yi Antep naibi olarak atamıştır<sup>123</sup>. Yine Diyarbakır kadılığında naib tarafından atanmış bab naibi olduğu şeriye sicil kayıtlarından anlaşılmıştır. Buna göre 13 Mart 1792 tarihinde Diyarbakır kadılığına tayin edilen Mehmed Emin Efendi, naib olarak Mevlana Osman Efendi'yi atamış olup Mevlana Osman Efendi de aynı tarihte Diyarbakır mahkemesinde baş katip olarak görev yapan es-Seyyid Abdulkadir Efendi'yi bab naibi olarak atamıştır<sup>124</sup>. Bu şekilde naibin naib atamış olması, adalet mekanizmasının gereği gibi işlemesine engel teşkil etmiş, yargı teşkilatında yetersiz kişilerin yer almasının önünü açmıştır.

Naib atanmasının gecikmesi gibi sebeplerle, bölge halkının adli işlerini yürütmesi amacıyla geçici de olsa yörenin valisi tarafından naib atanması, şeriye sicillerinde karşılaşılan durumlardandır<sup>125</sup>. Vali tarafından atanan naibin, reayanın vali hakkında yaptığı şikayetleri değerlendirirken tarafsız olmayacağı aşikardır. Bu sebeple vali gibi kamu görevlilerinin görev almış oldukları yörelerde, adaleti sağlayacak olan naibi ataması, bu kurumu yozlaştıran etkenlerden olmuştur. Yine bazı bölgelerde naib olarak sürekli belirli kişilerin atanması<sup>126</sup> bunların çok uzun sürelerle görevde kalması sonucunu doğurmuştur. Aynı bölgede uzun süre görev alan naibler de nüfuzunu arttırarak reaya üzerinde baskı kurabilmiştir. 1566 tarihli bir mühimme kaydı bu hususa açıkça işaret etmektedir: “... mektûb gönderüp ... Niğde'de nâ'ib olan Carullah yirmi yıldan mütecaviz niyâbet idüp müslimanların ve keferenin evşen tarikiyle akçelerin alup def'i lâzımdır deyü bildirmişsin buyurdum ... arz olunduğu gibi ... nâ'ibin ... te'addisi varsa niyabetden def'idesin.”<sup>127</sup> Söz konusu kayıta adı geçen naibin yirmi yıldan fazla görev yapmış olduğu yerde reayanın akçesini haksız şekilde aldığı belirtilmiştir. Merkez tarafından verilen emirde ise iddianın doğru olması halinde naibin görevden alınması bildirilmiştir.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi, kadılar, yargı bölgelerindeki nahiyelere naib tayin etme yetkisine haiz olmuştur. Kadılar bu yetkilerini kötüye

<sup>123</sup> Demir, s. 44; **Gaziantep Şer'i Mahkeme Sicillerinden Örnekler** (1970) Cilt: 81-141, Miladi 1729-1825, Hazırlayanalar: Güzelbey, Cemil Cahit/Yetkin, Hulusi, Gaziantep, Gaziantep Kültür Derneği Kitap ve Broşür Yayınları, Sayı: 55, s. 71.

<sup>124</sup> Yılmazçelik, s. 234-235.

<sup>125</sup> Saydam, s. 302.

<sup>126</sup> Saydam, s. 300.

<sup>127</sup> BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri Hüküm No: 1481, s. 800. Yirmi yıldan fazla aynı yerde görev alan naibin reayaya zulmü hakkında bir başka kayıt: BOA 6 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1195, s. 209.

kullanmaya başlamış olup bu hususta devletin ekonomisinin bozulması da etkili olmuştur. Gerçekten de Fransız İhtilali ile dünyada ve özellikle Avrupa'da gerçekleşen değişimler, sanayi devrimi de eklendiğinde Osmanlı ekonomisini olumsuz etkilemiş; bu durum yargı sisteminde de kendisini göstermiştir. Daha önce naiblik bulunmayan bölgelere gelirini satmak amaçlı naiblikler kurulmaya başlanmıştır. Buna göre kadı, atamış olduğu naiblerden, atadığı bölgenin resim bedelini peşin olarak almıştır. Bu uygulamaya naibliklerin iltizam usulüyle satılması<sup>128</sup> denilmiştir. İltizam usulü ile naibliği satın alan ve çoğu ehliyetli ve eğitimsiz olan kişiler ise vermiş olduğu bedeli çıkarmak ve üstüne daha fazla kâr elde edebilmek için çeşitli usulsüzlüklere başvurmuştur. İltizamla naiblik yapanların halktan haksız kazanç sağladığı bir olayla ilgili merkez, söz konusu niyabetin iltizamla verilmemesini emretmiştir<sup>129</sup>. Yine nahiyelerde resim toplamak amaçlı sık sık devreye çıkan naibler, kendileri, hayvanları ve beraberindeki kişilerin yeme içmesini halka karşılatmış olup bu durum halkı güç duruma düşürmüştür. Örneğin Aydın sancak beyi tarafından merkeze yazılan yazıda “*köhne ve mürteşi*” kişilere naiblik verildiği, bu kişilerin “*il üzerine çıkarak*” halka zulmettiği bildirilmiş, merkezden yazılan 27 Temmuz 1560 tarihli cevapta ise sancak beyine, bu şekilde naiblerin devreye çıkmasına engel olma yetkisi verilmiştir. 18. yüzyılın yarısından itibaren ise naibler, ayanlarla anlaşarak veya korkarak, ayanların halka fena muamelelerine göz yummuş, bu yönde ilamlar düzenlemiştir<sup>130</sup>. Örneğin Güzelhisar naibi Mehmet Lütfullah Efendi, para ile usulsüz voyvoda tayin ettirmesi, halktan usule aykırı vergi toplatması ve benzeri uygunsuz hareketleri sebebiyle Ankara'ya sürgün edilmiştir<sup>131</sup>.

Naiblerin, görevden alınmış olmalarına rağmen usulsüz yollarla elde ettikleri hükm-i şerifler ile göreve devam edebilmiş olmaları, kurumun yozlaşmasındaki bir başka sebeptir. 1570 tarihli bir kayıt, bu duruma açıkça işaret

<sup>128</sup> Naiblik görevinin iltizam usulü satışına bir örnek: “*Sebeb-i tahrir-i kitab ve bais-i tastir-i sutur-ı hitab oldur ki ... Mustafa Beg ... tarafından fahrü'l-ümera' Hasan Kethüda meclis-i şer'e hazır gelüb şehri niyabetini Sadaka bin Tator'a seb'a yılunun Rebi'ü'l-evvel'in on ikinci gününden kırk altı bin akçe üzerine mukata'aya virdi, yava ve beytü'l-mal ve bundan gayrı şol ki sitasetdür ol begün ol. Vakta ki kazıyye bu minval üzre cari oldu ki mezkur Sadaka dahi meşfur meblağı mah-be mah iltizam gösterdiği ecilden mezkur kethüdanun iltimasıyla deftere kayd olundu ... meblağı mezkurdan beş yüz akçeye eşhür var, yıl tamam oluncaya bu hil'at bahasından ötürü ve dahi mezkur Sadaka'nun nefsine Cerrah Kerem kefil olmuşdur ki her ne vakt taleb olunursa teslim eyleye.*” Şer'iyeciler Seçme Hükümler (1989) II. Cilt, İstanbul, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, s. 215-216.

<sup>129</sup> “*Mısır beylerbeyisine hüküm ki: Rıkâb-ı hümayûnıma ruk'a sunulup Menâzle kadısı olan kimesne niyâbeti aharlara iltizâma virilmekle nâ'ib olanlar müslümanlardan hılâf-ı şer'ü kâimân haylı zülmü ta'addîler idüp akçalardan almakdan hâli olmazlar imiş eyle olsa buyurdum ki: Hükm-i şerifim vardukda göresin fi'l-vâki' kâdî-i mezbûr niyâbeti iltizâma virmiş ise men' idüp tenbîh eylesesin ki iltizâma virmeyüp mu'temedün aleyh kimesnelere zabt? idire şöyle bilesin.*” BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1685, s. 897.

<sup>130</sup> İnalçık, s. 76; Uzunçarşılı, s. 122; Arık, s. 64; Feyzioğlu/Kılıç, s. 36-37.

<sup>131</sup> Çadircı, Musa (1981) “Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarık-ı İlmiyye'ye Dair Ceza Kanunnamesi”, Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 25, s. 142.

etmektedir. Merkezden yazılan söz konusu kayıttta, adı geçen naibin görevden alınması, bu hususun sicile kaydedilmesi ve İstanbul'dan hüküm getirirse dahi bu belgenin merkeze gönderilmesi bildirilmiştir: "... kasaba-i mezbûrede nâyib olan ... Mustafâ ... için; "Ernvâ'-ı fesâd ü şenâ'at ile mevsûf olup niyâbet hüdmetine değil, belki vücûdunun izâlesi lâzım." didükleri ecilden ahvâli tefahhus olunup fi'l-vâki' didükleri mertebeden dahi ziyâde şenâatü kabâhati olduğu mukarrer olmağın niyâbetden ref' olunduğın" bildürüp; "min-ba'd dahi niyâbet olmamasıyçün" emr-i hümayûnum" taleb eylediğün ecilden buyurdum ... mezkûra min-ba'd niyâbet itdürmeyüp ... bir tarikle Südde-i Saâdetüm'den ... hükm-i şerif ibrâz iderse ... elinden alup Südde-i Saâdetüm'e gönderüp aslâ niyâbet itdürmeyesin ... bu hükm-i hümayûnumu sicill-i mahfûza kaydidiüp ve bu hükm-i şerifümü kasaba halkı muvâcehesinde a'yân-ı kasabadan bir mu'temedün-aleyh kimesnenün elinde ibkâ idesin ki, vâki' olan kuzâta ibrâz idüp niyâbet itdürmeyeler."<sup>132</sup>

III. Selim döneminde ulemanın durumunun düzeltilmesi amacıyla yapılan bazı çalışmalarda naibler hakkında da yeni düzenlemeler getirilmiştir. Önde gelen ulemanın da katıldığı toplantılarda kadı ve naiblerin durumları görüşülmüş ve yapılması gerekenler hakkında bir ferman çıkarılmıştır. Buna göre arpalıkların iltizam usulü ile değil emanet usulü ile yeterli ve insafı naiblere verilmesi emredilmiştir. Yine hasta ya da ihtiyar olanlar dışında kadıların görev yerine naib atamayp kendilerinin gitmesi fermanında düzenlenmiş olan bir diğer husustur<sup>133</sup>. Ayrıca aşçı, hizmetkar gibi kimselere naiblik verilmemesi de yine III. Selim döneminde çıkarılan 1792 tarihli kanunda düzenlenen hususlardan olmuştur<sup>134</sup>. Kanunlarda yer alan bu tip düzenlemeler, adli teşkilatta naib sıfatıyla ne denli adaletten uzak kimselerin görevlendirilmiş olduğunu göstermektedir. Bu şekilde aşçı, hizmetkar gibi kimselerin naiblik görevini elde etmesi söz konusu kurumun bozulmasını kaçınılmaz kılmıştır.

Yine II. Mahmut'un, bozulan adalet sistemini düzeltmek amacıyla yapmış olduğu düzenlemelerden biri olan 1838 tarihli Tarık-i İlmiye Mahsus Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda rüşvetle naib atanmasının cezası düzenlenmiş, ayrıca karar makamının iltimas veya rüşvetle değil tarafsız şekilde hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>135</sup>. Dolayısıyla 19. yüzyıl düzenlemesi olan söz konusu kanunname, o dönem itibariyle rüşvet ve çıkar sağlama yoluyla da naib

<sup>132</sup> BOA 12 Numaralı Mühimme Defteri I, Hüküm No: 613, s. 404-405.

<sup>133</sup> Çadirci (1991) s. 80.

<sup>134</sup> Uzunçarşılı, s. 122; Gür, A. Refik (2015) Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi, Hazırlayan: Aryol, M. Nihat, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 69.

<sup>135</sup> Çadirci (1981) s. 142; Ünal Özkorkut, Nevin (2008) "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 1, s. 233.

atamalarının gerçekleştirildiğini ve yine naiblerin kanun hükümleri dışında rüşvetle de hareket edebilmiş olduklarına işaret etmektedir.

Sonuç olarak naib tayin etme usulü, 1915 yılında sona erdirilmiş olup Cumhuriyet döneminde şeriye mahkemelerinin yürürlükten kaldırılması ile naiblik kurumunun görev alanı ve bu mahkemelerde görev alan naibler de tamamen ortadan kalkmıştır<sup>136</sup>.

### III. TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI YARGI TEŞKİLATINDA NAİB

Osmanlı Devleti kurumları Tanzimat dönemi öncesi ve sonrasında büyük farklılık teşkil etmiştir. 17. yüzyıl itibariyle devletin zayıflaması sonucu diğer kurumlarla birlikte yargı teşkilatı da etkilenmiştir. Medreselerde yaşanan bozulma bu durumun başlıca sebebidir. Yüksek medreselerden mezun olarak alınabilen müderrislik derecesi, ulema çocuklarına henüz doğduklarında verilmiş, okuma yazma bilmeyenler mülazımlık belgesi satın alabilmiştir. Yine yüksek dereceli kadılıklara atanan kadılar, atandıkları bölgelere gitmemiş, yerlerine naib atamıştır. Bu durum, yüksek dereceli kadının ve naibin eğitim düzeyindeki büyük farklılık sebebiyle yargıdaki yozlaşmada büyük rol oynamıştır<sup>137</sup>.

Tanzimat döneminde naibler hakkında da yenilikler yapılmıştır. Bu bağlamda 1838 tarihli Tarık-i İlmiye Dair Ceza Kanunnamesi'nde kadılık mesleğini icra edenler ve bu mesleğe yeni adım atacak olanlar için sınav getirilmiştir. Ancak üç ay sonra söz konusu sınavın yalnızca mesleğe yeni başlayacaklar için uygulanacağına dair Ceza Kanunnamesi'ne bir Zeyl çıkarılmıştır. Yine bu dönemde daha nitelikli naibler yetiştirmek amacıyla 1855 yılında Muallimhane-i Nüvvab adlı bir mektep kurulmuştur. Öğrenci sayısı, öğrenim süresi, ders programında çeşitli tarihlerde değişiklikler yapılan söz konusu mektebin adı daha sonra sırasıyla Mekteb-i Nüvvab, Mekteb-i Kuzat ve Medresetü'l-kudat şeklinde değiştirilmiştir<sup>138</sup>.

Burada belirtmek gerekir ki, Tanzimat Dönemi itibariyle artık kadıların yerini naibler almış<sup>139</sup>, Osmanlı Devleti'nde hâkim sıfatıyla naibler zikredilmeye başlanmıştır. 1855 tarihinde çıkarılan Nüvvab Nizamnamesi tasarısında yer alan

<sup>136</sup> Demir, s. 44; İpşirli (2006) s. 313.

<sup>137</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 241-244.

<sup>138</sup> Yurdakul, İlhami (2016) İslam Ansiklopedisi, "Mekteb-i Nüvvab", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Cilt: Ek-2, s. 242-243.

<sup>139</sup> Cadırcı, Musa (1991) Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapıları, 1. Baskı, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 279.



gerekçelerde<sup>140</sup> kadılarla ilgili sorunların dile getirilmesi ve fakat nizamnamenin adının “Nüvvab Nizamnamesi” şeklinde konulması, bu hususu desteklemektedir. 1855 tarihli Nüvvab Nizamnamesi ile naiblerin atama ve azledilme usulleri tekrar düzenlenmiş olup çeşitli sınavlar getirilmiştir. Naib olabilmek için İstanbul mahkemelerine devam ederek hâkimden liyakate dair bir belge almak ve ulemanın katıldığı kurullarda sınava girerek başarılı olmak şartı getirilmiştir. Mahkemeler beş sınıfa ayrılmış ve naibler de yeterliliklerine göre bu mahkemelerde görevlendirilmiştir. Buna göre sınavla ilk defa mesleğe kabul edilen naib beşinci sınıf naib olarak beşinci derecedeki mahkemelerde görev alacaktır. Görev süresi bittiğinde sınava girerek başarılı olması halinde bir üst derecedeki mahkemelerde görev alabilecektir. Ayrıca görev süreleri, görev alınan belde ve kazaların şehir merkezlerine uzak olması halinde 24 ay, uzak olmaması halinde 18 ay olarak belirlenmiştir. Şeriat ve kanun dışı işlem yapan naibler görevlerinden azledilecek ve ceza kanununa göre cezalandırılacaktır<sup>141</sup>. Nizamname ile naiblerin ehil kimseler arasından seçilmesi ve mesleklerini sürdürdükleri sürece yeterliliklerinin korunması amaçlanmıştır. Bu durum, adli teşkilatta yetersiz kimselerin görev aldığı ve Osmanlı tarafından bu durumun kabul edilerek söz konusu kimselerin ayrıştırılması için çalışma başlatıldığını göstermektedir.

## SONUÇ

Naib, Osmanlı Devleti’nde olduğu gibi daha önceki İslam ve Türk İslam devletlerinde de bulunmuş önemli bir kamu görevlisidir. “Birinin yerine geçen, vekil” anlamına gelen naib, İslam devletlerinde daha çok idari görevlilerin kendi yerlerine vekaleten görevlendirmiş oldukları kimseler için kullanılmıştır. Osmanlı Devleti’nde ise daha çok adli teşkilatta kadının yardımcısı olup kadıya vekaleten dava dinlemekten çeşitli idari görevlere kadar oldukça geniş görev yelpazesi bulunan kimseler için bu ifade kullanılmıştır.

Adli teşkilatta önemli bir yere sahip olan naibler, medrese eğitimini almakla yükümlü tutulmuştur. Bu husus medreselerin İslami kimliği göz önüne alındığında Osmanlı Devleti’nde yalnızca Müslümanların naiblik görevine atanmış olduğuna işaret etmektedir.

Osmanlı Devleti’nde naibler kadı tarafından atanmış ve azledilmişlerdir. Fakat şeriye sicillerinden anlaşıldığı üzere Osmanlı, adaleti sağlamak adına bazı hallerde naibini azletmesi yönünde kadıyı uyarabildiği gibi reyanın talebi doğrultusunda belirli kişilerin naib olarak atanmasını da kadıdan isteyebilmiştir.

<sup>140</sup> Bal, Emel Bengü (2016) “Tanzimattan Sonra Kadı ve Naip Yetiştirmek Amacıyla Kurulan Okul: Mekteb-i Nüvvab”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 39-40.

<sup>141</sup> Bal, s. 40-42; İpşirli (2006) s. 313; Çadırcı (1991) s. 282-283.

Ayrıca kadılar bu yetkiye haiz olmalarına rağmen reayaya zulmeden nüfuz sahibi naibinin görevden alınmasını merkezden isteyebilmiştir. Naiblerin, atanacağı yöre halkından olmaması kural olmasına rağmen bu kurala aykırı uygulamaya sıklıkla rastlanmış, 1838 tarihli Tarik-i İlmiyeye Mahsus Ceza Kanunname-i Hümayunu ile Osmanlı bu kuralı kaldırmıştır. Naibler atanmış oldukları mahkemenin iş yüküne göre birden fazla sayıda olabilmıştır. Bu durum özellikle İstanbul'da görülmüş olsa da farklı bölgelerin şeriye sicil kayıtlarında da bu duruma rastlanılmıştır. Yine naibler belirli bir süre veya görev için atanmıştır. Fakat özellikle arpalık kazalarında otuz yıl gibi uzun sürelerle belirli birkaç kişinin naiblik yaptığı görülmüştür. Naiblerin bu şekilde uzun sürelerle görevde kalması ve yöre halkı arasından atanması adaletin tesisini olumsuz etkilemiştir.

Naiblerin icra ettikleri görevler, kadı yerine şeriye mahkemelerine atanmaları veya kadı yanında yardımcı sıfatıyla görev yürütmeleri halinde farklılık göstermiştir. Kadı yerine atanan naibler mahkeme başkanlığını yürütmüş ve kadının sahip olduğu bütün yetkilere haiz olmuştur. Alacak ve cinayet davaları dahil olmak üzere bütün davaları görmüş, miras taksimi yapmış, vasi tayin ve azletmiş, vasiyet hükümlerine ve vakıf senetlerine uygun hareket edilmesini denetlemiş, görev aldıkları yörelerde kimi kamu görevlilerinin atanmasında rol oynamışlardır. Kadı yerine atanan naibler, görev aldıkları mahkemeler çerçevesinde bab naibi, mevali naibi ve arpalık naibi gibi sıfatlarla da anılmıştır. Kadının yanında kadı yardımcısı sıfatıyla görev yapan naibler, kadının verdiği vekalet çerçevesinde adli işlemleri yürütmüştür. Kadı dava görme yetkisi vermiş ise söz konusu naib, kadı gibi davaları görmüştür. Dava görme yetkisi verilmeyen naib ise davacı, davalı, şahitleri dinlemek, şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması yapmak gibi işleri yürütmüştür. Naibler keşif için mahkeme tarafından görevlendirilmiş oldukları gibi reaya veya subaşı gibi kamu görevlileri tarafından talep olması halinde de keşfe çıkabilmiştir. Mahkeme, keşifle görevlendirmiş olduğu naibi, söz konusu uyuşmazlığı çözmekle de yetkilendirebilmiştir. Fakat naibin keşif sonrası vermiş olduğu hükmün kadı tarafından da onaylandığı örnekler şeriye sicillerinde mevcuttur. Kadı yanında görev yapan naiblerin hüküm vermekle yetkilendirilmiş olmalarına rağmen kararlarının kadı tarafından denetlenmesi; verilen hükmün daha ehil ellerden geçerek adaletin tesis edilmesi bakımından önemlidir. Son olarak kazalara atanan kadılar iş yükünün fazla olması sebebiyle kazaya bağlı nahiyelere, kaza naibleri atanmıştır. Kaza naibleri bu bölgelerde kadı adına adli işleri yürütmüş aynı zamanda söz konusu bölgelerde meydana gelen olaylardan kadıyı haberdar etmiştir.

İstanbul kadılığında iş yükünün çokluğundan dolayı yapmış oldukları

işlerle anılan çeşitli ve çok sayıda naib bulunmuştur. Bunlar; ayak naibi, gece naibi, yağ naibi, bab naibi, çardak naibi, mum naibi, kapan naibi, avarız naibi, keşif naibi ve pastırma naibidir. Söz konusu naibler, görev alanları ile ilgili uyuşmazlıkların çözümlenmesiyle de yetkilendirilmiştir. Belirli alanda uzmanlaşmış kişilerin o alandaki uyuşmazlıkları en iyi şekilde çözümleyecek olmaları göz önüne alındığında, Osmanlı Devleti'nin bu uygulaması da adaletin tesisi bakımından önemlidir. Yine Osmanlı'nın farklı yörelerindeki kadılıklarda gece vakti görev yapan gece naiblerinin bulunması bu hususu desteklemektedir.

Naibler tıpkı kadılar gibi yapmış oldukları işlemlerden alınan harçlarla geçimlerini sağlamıştır. Örneğin Fatih Sultan Mehmet döneminde naiblerin ıtlakname düzenlediklerinde bir akçe, nikah kıydıklarında beş akçe, hüccetlerde bir akçe alacakları düzenlenmiştir. Naiblerin işlemler üzerinden alacağı miktarlar zaman içerisinde değişmiş, 16. Yüzyıl itibariyle kanunlarda belirlenen bedeller 19. Yüzyıla kadar değişmeden uygulanmıştır.

III. Selim döneminden itibaren adli teşkilattaki bozulmanın önüne geçmek ve naiblik kurumunu iyileştirmek amaçlı çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. 1838 yılında çıkarılan Tarik-i İlmîyeye Mahsus Ceza Kanunname-i Hümayunu ile kadılık yapanlar ve yapacak olanlar için sınav getirilmiştir. Tanzimat döneminde kurulan 1855 tarihli Muallimhane-i Nüvvab ile nitelikli naibler yetiştirilmesi amaçlanmıştır. Yine 1855 tarihli Nüvvab Nizamnamesi ile naiblerin atama ve azilleri tekrar düzenlenmiştir. Mahkemeler beş grupta sınıflandırılmış ve naibler yeterliliklerine göre bu mahkemelerde görevlendirilmiştir. Fakat yapılan düzenlemeler adli teşkilattaki bozulmayı istenilen derecede düzeltmeye yetmemiştir. Tanzimat Dönemi itibariyle kadıların yerini naib almaya başlamış ve hakimler naib sıfatıyla anılmıştır. 1915 yılında naib tayin etme usulü sona erdirilmiş, Cumhuriyet döneminde şeriyet mahkemeleri ile birlikte naiblik kurumu da ortadan kaldırılmıştır.

Osmanlı Devleti adli teşkilatında önemli bir yere sahip olan naiblik kurumu, görev yaptıkları yörelerden atanmaları, yeterli donanıma sahip olmamalarına rağmen ulema çocukları arasından atanmaları, kimi zaman çıkar amaçlı kimi zaman korku sebebiyle zulme ortak olmaları, çıkar amaçlı kanuna aykırı hareket etmeleri, sıklıkla kendi yerlerine naib atamaları, naibliğin iltizam usulü satılması gibi sebeplerle yozlaşmaya yüz tutmuştur. Özellikle naibliklerin iltizam usulü ile satılması, devletin içine girdiği ekonomik zorluklardan kaynaklanmıştır. Görüldüğü üzere söz konusu yozlaşma, naiblik kurumunun kendisinden değil, uygulanmasındaki usulsüzlüklerden kaynaklanmıştır. Zira kadı yardımcısı sıfatıyla görev yapan naib, adli ve idari işleri yürüterek kadının işini kolaylaştırmış, gece vakti mahkemelerde görev alarak adaletin kısa sürede tecelli

etmesinde önemli rol oynamıştır. Özellikle İstanbul'da belirli alanlarda idari işleri yürütmekle görevli olan naibler bu alanlardaki uyuşmazlıkları da çözerek uzmanlaştıkları konularda adaleti sağlamışlardır. Fakat kadı derecesinde eğitim almamış naiblerin kadı yerine atanarak kadının sahip olduğu tüm yetki ve görevlere sahip olmuş olması, hukukun uygulanmasında kaçınılmaz olarak sorun yaratmıştır. Bu anlamda naiblik kurumu, ekonominin iyi olduğu, naiblerin gerekli eğitimi alanlar arasından usulüne uygun atandığı ve naiblerin görevlerini layıkıyla yaptığı dönemlerde, adli teşkilatta hâkimin önemli bir yardımcısı olmuş, adli işlerin görülmesini kolaylaştırmış, hızlandırmış, adaletin tecellisinde önemli rol oynamıştır. Bir başka deyişle naiblik kurumu, usulüne uygun yönetildiğinde adli teşkilata yarar sağlamıştır.

## KAYNAKÇA

- BOA, 3 Numaralı Mühimme Defteri  
 BOA, 5 Numaralı Mühimme Defteri  
 BOA, 6 Numaralı Mühimme Defteri  
 BOA, 7 Numaralı Mühimme Defteri I  
 BOA, 7 Numaralı Mühimme Defteri II  
 BOA, 7 Numaralı Mühimme Defteri III  
 BOA, 12 Numaralı Mühimme Defteri I
- Akdağ, Mustafa** (2018) Türkiye'nin İktisadi ve İctimai Tarihi (1453-1559), 4. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları.
- Akgündüz, Ahmed** (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, I. Kitap, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları.
- Akiba, Jun** (2005) "From Kadı to Naib: Reorganization of the Ottoman Sharia Judiciary in the Tanzimat Period", *Frontiers of Ottoman Studies*, ed. Colin Imber and Keiko Kiyotaki, vol. 1, s. 43-60.
- Akkutay, Ülker** (1984) Enderun Mektebi, Ankara, Gazi Üniversitesi Yayınları.
- Akman, Mehmet** (2004) Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, 1. Baskı, İstanbul, Eren Yayıncılık.
- Aköz Alaaddin** (1996) "XVI. Asrın İlk Yarısında Aladağ Kazası (1501-1540)", *Osmanlı Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 16, s. 67-84.
- Aköz, Alaaddin** (2006) Kanuni Devrine Ait 939-941/1532-1535 Tarihli Larende (Karaman) Şer'îye Sicili, 2. Basım, Konya, Tablet Kitabevi.
- Akşin Somel, Selçuk** (1996) "Osman Nuri Paşa'nın 17 Temmuz 1885 Tarihli Hicaz Raporu", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 29, s. 1-38.
- Akyılmaz, Gül** (2015) Siyasi Tarih, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Alan, Ercan** (2013) "Kadıasker Ruznamçe Defterlerine Göre XVII. Yüzyılda Rumeli'de Kaza Teşkilatı ve Kadılar", *Güney-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Sayı:23, s. 53-97.
- Anıl, Yaşar Şahin** (1993) Osmanlı'da Kadılık, 1. Basım, İstanbul, İletişim Yayınları.
- Arık, Feda Şamil** (1997) "Osmanlılarda Kadılık Müessesesi 1", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Sayı: 8, s. 1-71.
- Aşık Paşazade** (2003) *Osmanoğulları'nın Tarihi, Hazırlayanlar: Yavuz, Kemal/Saraç*, Yekta, İstanbul, K Kitaplığı Yayınları.
- Avcı, Casim** (2006) İslam Ansiklopedisi, "Naib", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi*, Cilt: 32, s. 311-312.
- Avcı, Mustafa** (2012) *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, 1. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları.

- Aydın, Mehmet Akif**, “Osmanlıda Hukuk”: İhsanoğlu, Ekmeleddin (Editör) (1994) Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, 1. Bası, İstanbul, Yıldız Matbaacılık, s. 375-438.
- Aydın, Mehmet Akif** (2014) Türk Hukuk Tarihi, 12. Bası, İstanbul, Beta.
- Aykanat, Mehmet** (2018) “Klasik Dönemde Osmanlı Devleti’nde Hâkim Adaylığı: Mülazemet”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 34, s. 165-188.
- Bal, Emel Bengü** (2016) “Tanzimattan Sonra Kadı ve Naip Yetiştirmek Amacıyla Kurulan Okul: Mekteb-i Nüvvab”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Bayındır, Abdulaziz** (2015) İslam Muhakeme Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Süleymaniye Vakfı Yayınları.
- Bazna, Yalçın** (2013) “1951/137 Numaralı (1810-1811 M. Tarihli) Trabzon Şer’iyye Sicili”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Beyazıt, Yasemin** (2009) “Osmanlı İlmîyye Tarikinde İstihdam ve Hareket: Rumeli Kadıaskerliği Ruznâmçeleri Üzerine Bir Tahlil Denemesi (XVI. Yüzyıl)”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed** (1995) Türk Hukuk Tarihi, 3. Baskı, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları.
- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2013) Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.
- Çadircı, Musa** (1981) “Tanzimat’ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarık-ı İlmîyye’ye Dair Ceza Kanunnamesi”, Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 25, s. 139-161.
- Çadircı, Musa** (1991) Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapıları, 1. Baskı, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Demir, Aydoğan** (1994) “Bayburt Ulu Camii’nde Bir Osmanlı Ferman Kitabesi, Osmanlı Devleti’nde Naiplik”, Tarih ve Toplum, Sayı: 132, s. 41-58.
- Devellioglu, Ferit** (2017) Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, 33. Baskı, Ankara, Aydın Kitabevi Yayınları.
- Doğan, Recai** (1997) “Osmanlı Eğitim Kurumları ve Eğitimde İlk Yenileşme Hareketlerinin Batılılaşma Açısından Tahlili”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 1, s. 407-442.
- Ekinci, Ekrem Buğra** (2001) Ateş İstidası İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Ekinci, Ekrem Buğra** (2008) Osmanlı Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi.
- Ekinci, Ekrem Buğra**, Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci, “Osmanlı Medreseleri”, <<http://www.ekrembugraekinci.com/makale.asp?id=931>>, s.e.t. 23.12.2018.

- Erdoğdu, İbrahim** (2014) “17. Yüzyılın İkinci Yarısında Taşrada Yargı Uygulamaları: Harput Örneğinde Hakimü’ş Şer”, Fırat Üniversitesi Harput Araştırmaları Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, s. 49-86.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin** (2000) Türk Hukuk Tarihi, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Feyzioğlu, Hamiyet Sezer/Kılıç, Selda** (2005) “Tanzimat Arifesinde Kadılık-Naiplik Kurumu”, Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 38, s. 31-53.
- Güzembey, Cemil Cahit/Yetkin, Hulusi** “Gaziantep Şer’i Mahkeme Sicillerinden Örnekler”, (1970) Cilt: 81-141, Miladi 1729-1825, Gaziantep Kültür Derneği Kitap ve Broşür Yayınları, Sayı: 55.
- Gür, A. Refik** (2015) Osmanlı İmparatorluğu’nda Kadılık Müessesesi, Hazırlayan: Aryol, M. Nihat, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Halaçoğlu, Yusuf** (2014) XIV-XVII Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, 7. Baskı, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- İnalıcık, Halil** (1967) “Adaletnameler”, Belgeler, Ankara, Türk Tarih Kurumu, Cilt: 2, Sayı: 3-4, s. 49-145.
- İpşirli, Mehmet** (1991) İslam Ansiklopedisi, “Bab Mahkemesi”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Cilt: 4, s. 362.
- İpşirli, Mehmet** (2003) İslam Ansiklopedisi, “Medrese”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Cilt: 28, s. 327-333.
- İpşirli, Mehmet** (2006) İslam Ansiklopedisi, “Naib”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Cilt: 32, s. 312-313.
- Kılıç, Cihan** (2017) “XVII. Yüzyılın İkinci Yarısında Osmanlı İlmiye Teşkilatında İstihdam ve Hareket (Anadolu Kadiaskerliği Örneği)”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Kılınç, Ahmet** (2011) “İdam Cezasının Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukundaki Görünümüne İlişkin Birkaç Kaynak ve Bu Kaynakların Tahlili”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı: 11, s. 33-62.
- Kılınç, Ahmet** (2016) “Yıldırım Bayezid Han’ın Devlet Yönetimine Işık Tutan İki Osmanlıca Makale ve Tahlilleri”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 1, s. 1-24.
- Kuru, Levent** (2016) “Kazasker Ruznamçelerine Göre 18. Yüzyılın İlk Yarısında Rumeli’de Kadılık Müessesesi”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü.
- Ongan, Halit** (2014) Ankara’nın İki Numaralı Şer’iye Sicili, 2. Baskı, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Orak, Muhammet Ali** (Editör) (2014) Konya Kadı Sicili (1070-1071/1659-1661) Defter 10, 14, Konya, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları.

- Ortaylı, İlber** (2016) *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*, 2. Baskı, İstanbul, Kronik.
- Saydam, Abdullah** (2005) "Trabzon'un İdari Yapısı ve Yenileşme Zarureti (1793-1851)", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı: 18, s. 285-317.
- Seyitdanlıoğlu, Mehmet** (1999) *Tanzimat Devrinde Meclis-i Vala (1838-1868)*, 1. Baskı, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Şafakcı, Hamit** (2016) "Belviran Kazası Tekke ve Zaviyeleri (1476-1876)", Vakıflar Dergisi, Sayı: 45, s. 59-89.
- Şer'iyeciler Sicilleri Seçme Hükümler (1989) II. Cilt, İstanbul, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı.
- Unan, Fahri** (2004) *İslam Ansiklopedisi, "Mevleviyet"*, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Cilt: 29, s. 467-468.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (2014) *Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı*, 4. Baskı, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal** (2017) *Türk Hukuk Tarihi*, 19. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Ünal Özkorkut, Nevin** (2008) "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye-si'nde Yargıya Genel Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 1, s. 225-242.
- Yılmazçelik, İbrahim** (2012) "XIX. Yüzyılda Osmanlı Taşra Teşkilatının Önemli Merkezlerinden Biri Olan Diyarbakır'da Bazı Görevlilerle İlgili Tespitler", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı: 31, s. 225-242.
- Yurdakul, İlhami** (2016) *İslam Ansiklopedisi, "Mekteb-i Nüvvab"*, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Cilt: Ek-2, s. 242-243.
- Yurtseven, Yılmaz** (2006) "Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidarın Meşruluk Temelleri", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.



## GÜNCEL YARGI KARARLARI IŞIĞINDA TAM YARGI DAVALARINDA TAZMİNATIN İRAT ŞEKLİNDE BELİRLENMESİ

Serkan ASKER\*

### ÖZET

İdarenin işlem ya da eylemleri nedeniyle kişilerin uğramış olduğu zararlardan idarenin sorumluluğu halinde bu zararların tazmini tam yargı davaları ile mümkün olmaktadır. Tam yargı davalarında hükmedilecek tazminatın ödenme şeklinin belirlenmesi hususunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda özel bir hüküm bulunmayıp, Türk Borçlar Kanunu'nda hüküm altına alınacak tazminatın ödenme şeklini belirlemenin hâkimin yetkisi dahilinde olduğu kurala bağlanmıştır. Bununla birlikte, uygulamada mahkemeler bu yetkilerini tazminatın sermaye şeklinde (bir diğer ifadeyle toptan) belirlenmesi yolunda kullanmış, tazminatın irat (belirli dönemler halinde kısım kısım ödenmesi) şeklinde belirlenmesi yöntemi ise birkaç örnekle sınırlı kalmıştır. Uygulama bu şekilde devam etmekte iken, Danıştay bakım ücretinden/bakıcı giderinden doğan maddi tazminat istemlerinde tazminatın sermaye şeklinde değil, irat şeklinde dönemsel olarak belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Tazminatın sermaye şeklinde belirlenmesi yolunda yerleşmiş uygulama, tam yargı davaları bakımından birçok idari yargı uygulamasının da bu yönde yerleşmesine neden olmuştur. Bununla birlikte, tazminatın sermaye yerine irat şeklinde belirlenmesi, tazminatın ödenmesi yöntemi, faiz uygulaması, tazminattan indirim gibi sorunun maddi boyutunda köklü değişikliğe neden olacağı gibi, bu davalarda uygulanacak olan hüküm sonucunun yazımı, yargılama giderlerine hükmedilmesi gibi yargılama usulüne dair uygulamalarda da değişikliğe sebep olacaktır. Verilen bu tür kararların istikrar kazandığı da gözetildiğinde, ilerleyen dönemde idari yargı uygulamasında (en azından anılan tazminat unsuru bakımından) bu konu üzerinde durulacağı anlaşılmaktadır. Bunun yanında, esasen tam yargı davalarına yabancı olmakla birlikte tazminatın irat şeklinde belirlenmesi yönteminin benimsenmesi halinde önem kazanacak olan hükmedilecek tazminatın ekonomik değerinin kaybetmemesi için alınması gerekli tedbirler üzerinde de durulmalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** İdarenin sorumluluğu, tam yargı davası, tazminat, irat, sermaye

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Tokat İdare Mahkemesi Üyesi, hk.asker@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-0653-5482 (Geliş Tarihi: 18.04.2019- Kabul Tarihi: 23.09.2019).

## DETERMINATION OF COMPENSATION AS REVENUE IN FULL REMEDY ACTIONS IN THE LIGHT OF CURRENT JURISDICTIONAL DECISIONS

### ABSTRACT

In the case of administrative responsibilities, the damages of individuals due to acts or actions of administration are compensated by means of full remedy actions. Special provisions for determining the mode of payment of the compensation that will be adjudged in full remedy actions, are not provided in Administrative Jurisdiction Procedure Act, and it has been ruled that determining the mode of payment of the compensation to be ensured in Turkish Code of Obligations is within the power of judge. Additionally, in practice, the courts have exercised their authorities for determining the compensation as capital (namely, lump sum), but determination of compensation as revenue (paying partially at certain intervals) have been limited to a few examples. As is the practice, the Council of State has decided that the compensation shall be determined as revenue at certain intervals instead of capital in claims of material compensation arising from maintenance fees/caretaker expenses. The generally accepted practice in the determination of compensation as revenue has made many administrative jurisdiction procedures performed similarly in terms of full remedy actions. In addition, determination of compensation as revenue will make changes in the material aspect of the problem such as the mode of payment of the compensation, charging interest or reduction in the compensation, and also in the practices regarding the proceedings in these trials such as writing the result of the judgment and judging the litigation expenses. Considering that the decisions made have gained stability, it is understood that the case in question will be focused in administrative justice procedures (at least in terms of aforesaid compensation element) in the forthcoming period. Besides, even if it is not within the context of full remedy actions, the measures to be taken in order for the compensation that will be judged, not to lose economic value, which will gain importance in the case that the compensation is determined as revenue, should also be focused.

**Key Words:** Administrative responsibility, full remedy action, compensation, revenue, capital

## GİRİŞ

İdarenin faaliyetlerinden kaynaklanan zararları gidermekle yükümlü olması şeklinde tarif edilebilen "idarenin sorumluluğu" kavramı, İdare Hukuku öğretisinde üzerinde sıklıkla durulan konuların başında gelmektedir. Gerçekten, idarenin eylem veya işlemleri nedeniyle kişilerin şahıs ya da malvarlıklarında meydana gelen zararlar, bu zararların giderilmesi için idari yargılama usulünde açılması öngörülen tam yargı davaları, tam yargı davalarının neticesinde hükümlenen maddi ve manevi tazminat kavramları üzerine çokça akademik çalışmaya rastlamak mümkündür. Fakat hukukumuzda tazminatın (bilhassa maddi tazminatın) ödenmesi yöntemi olarak sermaye ya da irat şeklinde belirlenmesi bakımından yeterli çalışma yapılmamıştır. Bunun en temel sebebi ise yargı mercilerinin öteden beri maddi tazminata hükmederken çok büyük oranda sermaye şeklinde, bir diğer ifadeyle toptan ve tek seferde hükmederken, irat şeklinde maddi tazminata ise nadiren hükmetmiş olmasıdır.

Hal böyle iken, Danıştay'ın nispeten yeni tarihli olmakla birlikte istikrar kazanmış bazı kararlarında, yerel mahkemece sermaye şeklinde hükmedilen maddi tazminata ilişkin kararların bozularak, bazı zarar unsurları yönünden maddi tazminatın irat şeklinde hükmedilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Öteden beri uygulanagelen içtihatlarda meydana gelen bu değişiklik, meselenin teorik yönden de incelenmesini zorunlu kılmıştır.

Çalışmada, öncelikle idarenin sorumluluğu ve tazminat kavramı hakkında genel bilgiler verildikten sonra tazminatın irat şeklinde belirlenmesi hakkında öğretilerde yer alan görüşler ve içtihatlar ışığında açıklamalar yapılarak, uygulayıcılara yönelik olarak tam yargı davaları bakımından bu hususta dikkat edilmesi gereken noktalara temas edilecektir.

## I. İDARENİN SORUMLULUĞU VE TAZMİNAT KAVRAMI

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerçekleştirilen idari faaliyetler nedeniyle kişilerin uğradığı zararların idarece tazmini gerektiğine dair ana ilke "idarenin sorumluluğu" kavramı ile açıklanmaktadır.<sup>1</sup> Burada kastedilen idarenin özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğu değil, hakkında idare hukuku kurallarının uygulandığı<sup>2</sup>, kamu hizmetinin yürütülmesi ile doğrudan ilişkili olan ve esasen sözleşmeden değil, sözleşme dışı idarenin tek yanlı işlemlerinden

<sup>1</sup> Onar, Sıddık Sami (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s. 1690.

<sup>2</sup> Yayla, Yıldızhan (1980) "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep", İdare Hukuku Alanında Sorumluluk (Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu), İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 45.

kaynaklanan<sup>3</sup> mali sorumluluğudur.<sup>4</sup> İdarenin sorumluluğu Anayasa'nın 125'inci maddesinin son fıkrasında, "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmüyle kişiler açısından Anayasal güvenceye bağlanmış olup, ayrıca öğretide bu ilkenin hukuk devletinin koşullarından biri olduğu vurgulanmaktadır.<sup>5</sup>

İdarenin sorumluluğu, kusurlu idari faaliyetlerden kaynaklanabileceği gibi, İdare Hukukunun kendine özgü ilke ve esasları çerçevesinde kusursuz sorumluluktan da kaynaklanabilir. İdarenin kusura dayanan sorumluluğu hizmet kusuru kavramı ile açıklanır.<sup>6</sup> Hizmet kusuru, kısaca idarenin yürüttüğü hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ya da hiç işlememesi olarak tarif edilebilir.<sup>7</sup> Danıştay'ın bir kararında hizmet kusuru, "İdare hukuku ilkelerine göre bir olayda hizmet kusurunun varlığından söz edilebilmesi için idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinde, kuruluş, işleyiş ya da personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetimin yetersiz olması, hizmete tahsis edilen araç ve gereçlerin uygun ve yeterli olmaması, gereken tedbirlerin alınmaması veya geç ve zamansız alınması gibi nedenlerle bir aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksik veya sakatlık meydana gelmiş ve olduğu ileri sürülen zararın da bundan kaynaklanmış olması gerekmektedir." şeklinde tarif edilmiştir.<sup>8</sup>

Belli bazı durumların gerçekleşmesi halinde idarenin kusurlu bir davranışı bulunmasa dahi sorumlu olduğu kabul edilmektedir.<sup>9</sup> Bu hallerde idarenin kusursuz sorumluluğundan söz edilir. Öğreti ve uygulamada idarenin risk(tehlike) ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ve sosyal risk ilkesi çerçevesinde kusuru bulunmasa dahi kişilerin uğradıkları zararları tazminle

<sup>3</sup> **Gözler, Kemal** (2009) İdare Hukuku, Cilt 2, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, s. 1016.

<sup>4</sup> **Günday, Metin** (2015) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, s. 367; **Atay, Ender Ethem/Odabaşı, Hasan** (2010) Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 41; **Çağlayan, Ramazan** (2016) İdare Hukuku Dersleri, 4.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 726.

<sup>5</sup> **Gündüz, F. Ebru / Gündüz, Hakan** (2011) "İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XV, S:3, s. 226; **Tek, Savaş** (2010) "İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, S:1, Ankara, s. 314.

<sup>6</sup> **Onar**, s.1695; **Gözler**, s. 1058; **Günday**, s. 369; **Atay/Odabaşı**, s. 62

<sup>7</sup> **Duran, Lütfi** (1974) Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 28; **Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut** (2013) İdare Hukuku C:1 (Genel Esaslar), 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 742; **Tan, Turgut** (2018) İdare Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 475; **Esin, Yüksel** (1973) Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas, Ankara, s. 27; **Yıldızhan, Yayla** (2010) İdare Hukuku, 2.Baskı, İstanbul, Beta, s. 362 **Atay, Ender Ethem** (2012) İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 695; **Özgüldür, Serdar** (2002) "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları" Gün Işığında Yönetim içinde, İstanbul, Alfa, s. 732; **Çağlayan**, s. 736.

<sup>8</sup> Danıştay 10. Dairesi E:1982/185, K:1983/1984, T:17/10/1983, Danıştay Dergisi, S:54-55, s. 388.

<sup>9</sup> **Onar**, s. 1709; **Duran**, s. 47; **Düren, Akın** (1979) İdare Hukuku Dersleri, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 309.

yükümlü olduğu kabul edilmektedir.<sup>10</sup>

İdarenin hizmet kusuru teşkil eden bir davranışı ya da kusursuz sorumluluk ilkelerinin gerçekleşmesinin yanında idarenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için ortada bir zararın bulunması<sup>11</sup> ve zarar ile idarenin işlem ya da eylemi arasında illiyet bağının bulunması gereklidir.<sup>12</sup> İlliyet bağı, zarar ile zarar doğuran olay arasındaki neden-sonuç ilişkisi<sup>13</sup> olup, idarenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için meydana gelen zararın idarenin davranışından kaynaklanması gerekmektedir.<sup>14</sup>

İdarenin sorumluluğunu gerektiren zarar, maddi veya manevi zarar olabilir. Maddi zarar, kişinin malvarlığında meydana gelen eksilme ya da artması gerekirken artmaması halidir.<sup>15</sup> Manevi zarar ise kişinin kişilik haklarına yapılan saldırı sonucu meydana gelir<sup>16</sup> ve kişinin duyduğu acı, elem ve ızdırıp olarak tarif edilir.<sup>17</sup>

Tazminat, zarar gören kişilerin zararının giderilmesi ve zarar doğuran olaydan önceki durumun kısmen de olsa eski hale getirilmesi yöntemi olarak tarif edilebilir.<sup>18</sup> Maddi zarar maddi tazminat yoluyla, manevi zarar ise manevi tazminat yoluyla giderilir.<sup>19</sup>

Borçlar Hukuku öğretisinin tazminata ilişkin öngördüğü ilke ve esaslar ile Türk Borçlar Kanununun tazminat ile ilgili hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde idarenin sorumluluğundan kaynaklanan tam yargı davalarında da uygulanmaktadır.<sup>20</sup> Öteden beri öğretide ve uygulamada kabul edilen bu ilke 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun(TBK) 55/2. maddesiyle kanunlaşmıştır. Buna göre "**Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı**

<sup>10</sup> Gözübüyük/Tan, s. 751; Günday, s.378; Atay, s. 709; Akylmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat//Kaya, Cemil (2018) Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 115; Ulusoy, Ali D. (2019) Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 561; Tek, s. 328.

<sup>11</sup> Ulusoy, s. 558; "Zarar" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atay/Odabaşı, s. 180.

<sup>12</sup> Onar, s. 1714; Günday, s. 383.

<sup>13</sup> Gözübüyük/Tan, s. 769; Gözler, s. 1319.

<sup>14</sup> Sancakdar, Oğuz (2013) İdare Hukuku (Teorik Çalışma Kitabı), 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 762.

<sup>15</sup> Gözler, s. 1280.

<sup>16</sup> Gözler, s. 1283.

<sup>17</sup> Sarsıkoğlu, Şenel (2016) "İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:4, s. 2393.

<sup>18</sup> Tekinay, Selahattin Sulhi (1979) Borçlar Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Sermet Matbaası, s. 469; Nomer, Haluk N. (1996) Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul, Beta, s. 37; Karahasan, Mustafa Reşit (2004) Sorumluluk Hukuku (Kusura Dayanan ve Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), 6. Baskı, İstanbul, Beta, s. 96.

<sup>19</sup> Gündüz/Gündüz, s. 227-228

<sup>20</sup> Yenice, Kazım/Esin, Yüksel (1983), Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara, s. 107.

zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır." hükmü ile Borçlar Kanunu'nun sorumluluğa ilişkin getirmiş olduğu kuralların tam yargı davalarında da idari yargı mercilerince (idare hukuku ilke ve kurallarına uygun düştüğü ölçüde) uygulanacağı söylenebilir.

6098 sayılı TBK'nın 53 ila 55'inci maddelerinde zararın ne tür durumlardan oluşacağı örnekleme yoluyla hükme bağlanmıştır. Buna göre zarar, "özellekle", ölüm halinde cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin<sup>21</sup> bu sebeple uğradıkları kayıplar iken; yaralanma ve vücut bütünlüğünün kaybı<sup>22</sup> halinde ise tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardan oluşmaktadır.<sup>23</sup> Uygulamada, kişinin bakıma muhtaç engelli hale gelmesi durumunda bakımından kaynaklanan bakıcı giderleri/bakım ücreti de maddi zarar kalemleri arasında kabul edilmektedir.<sup>24</sup>

Tazminatın belirlenmesinde aynen ve nakden tazmin olmak üzere iki yöntem<sup>25</sup> uygulanmakla birlikte idari yargılama usulünde mahkemenin idareyi aynen tazmine mahkûm etme yetkisinin bulunmadığı genel olarak kabul edilmektedir.<sup>26</sup>

Nakden tazmin, mahkemenin tazminat yükümlüsünü belli bir miktar parayı ödemeye mahkûm etmesi demektir. Nakden tazminin, sermaye şeklinde veya irat şeklinde olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Sermaye şeklinde tazminatta belli bir miktar paranın bir defada ve toptan zarar görene

<sup>21</sup> Destekten yoksun kalma tazminatı ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. **Gürsoy, Kemal Tahir** (1972) 'Destekten Yoksun Kalma Tazminatı' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:29, S:1, s. 143-196; **Gündüz/Gündüz**, s. 226 vd.

<sup>22</sup> Vücut bütünlüğünün ihlalden doğan zararlar ve tazmini hususunda detaylı açıklamalar için bkz. **Şahin, Ayşenur** (2011) "Vücut Bütünlüğünün İhlalden Doğan Zarar ve Tazmini", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XV, S:2, s. 123-165.

<sup>23</sup> **Zabunoğlu, Yahya Kazım** (2012) İdare Hukuku, Cilt 2, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 446 vd.

<sup>24</sup> Danıştay bir kararında, kişinin " ... bütün yaşamı boyunca bir başkasının desteği olmaksızın günlük yaşam aktivitelerini yerine getiremeyeceğinden, bakımının bir başkası tarafından üstlenilmesi nedeniyle davacıların ekonomik açıdan pasifleri artacaktır. Bakıcı giderinin bakıma muhtaç çocuğun daha iyi bakılması ve ailesinin bakım gideri yönünden pasifinin yani borcunun (bakım gideri) artmasını engellemeye yönelik olması gerekmektedir." gerekçesiyle bakıcı giderini tarif etmiştir. Danıştay 15. Dairesi, E:2015/4914, K:2016/3966, T: 02/06/2016 UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

<sup>25</sup> **Eren, Fikret** (1972) "Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhlali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli", Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, s. 167; **Tekinay**, s. 469; **Oğuzman, M.Kemal/Öz, M.Turgut** (2012) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:2, 9. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 109; **Karahasan** (2004), s. 97; **Atay/Odabaşı**, s. 186.

<sup>26</sup> **Onar**, s. 1752; **Yenice/Esin**, s. 78; **Akyılmaz, Bahtiyar** (1998) "İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:6, S:1-2, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, s. 168; **Ünlüçay, Mehmet** (1998) "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", Danıştay Dergisi, S:94, s. 6; **Gözler, Kemal** (2008) İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, s. 774; **Çağlayan**, s. 814.

ödenmesine karar verilmektedir. Oysa (aşağıda ayrıntısı ile açıklanacağı üzere) irat şeklinde tazminatta zarar görenin zararı, belirli zaman aralıklarında ve sürekli olarak ödenmesine karar verilen bir miktar para ile giderilmektedir.<sup>27</sup>

## II. TAZMİNATIN İRAT ŞEKLİNDE BELİRLENMESİ

### A. İRAT KAVRAMI

İrat, "gelir" anlamına gelmekte<sup>28</sup> olup; tazminatın belirlenme şekli bakımından ise belli zaman aralıklarıyla<sup>29</sup> ve sürekli olarak ödenmesi öngörülen geliri ifade etmektedir.<sup>30</sup> Sermaye şeklinde belirlenen tazminatta tazminat yükümlüsü zarar görene bir defaya mahsus ve toptan<sup>31</sup> bir para ödemesi yapmaya mahkum edilirken, iratta ise toptan bir ödeme yerine belirli dönemler dahilinde ve sürekli olarak belli miktar paranın ödenmesine hükmedilmektedir.<sup>32</sup>

İrat şeklinde tazminat "geçici süreli" ya da "ömür boyu" belirlenebilir.<sup>33</sup> Engelli hale gelmiş kişi lehine ölünceye kadar her ay belli bir meblağın ödenmesine karar verilmesi halinde ömür boyu irattan söz edilirken<sup>34</sup>, hukuka aykırı olarak lojmandan çıkarılan kişiye lojman tahsis edilene kadar ödeyeceği kiranın her ay idarece kendisine ödenmesine<sup>35</sup> karar verilmesinde ise geçici süreli irattan bahsedilir.

### B. ÖĞRETİNİN MESELEYE YAKLAŞIMI

İleride değinileceği üzere Türk Borçlar Kanunu'nun tazminatın irat şeklinde belirlenmesi ile ilgili öngördüğü kuralda hâkime takdiri yetki tanınmasından hareketle öğretide tazminatın irat şeklinde belirlenmesi gerektiği yönünde görüş ve düşünceler ortaya atıldığı gibi tazminatın sermaye

<sup>27</sup> Gözler (2008), s. 777.

<sup>28</sup> Yılmaz, Ejder (2005) (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 321.

<sup>29</sup> Karahasan, Mustafa Reşit (2001) Tazminat Hukuku (Maddi Tazminat), 6. Baskı, İstanbul, Beta, s. 341.

<sup>30</sup> İyimaya, Ahmet "Tazminatın İrat Şeklinde Belirlenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi S:1990/1, s. 29; Çalı, Murtaza (1968) Haksız Fiilden Doğan Tazminat, Ankara, Gürsoy Basımevi, s. 38.

<sup>31</sup> Karahasan (2001), s. 342.

<sup>32</sup> Eren, Fikret (2008) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta, s. 743.

<sup>33</sup> Güran, Sait (1980) "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", İdare Hukuku Alanında Sorumluluk (Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu), İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 166.

<sup>34</sup> Gözler (2008), s. 777.

<sup>35</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesi E:1993/1197, K:1994/277, T:08/02/1994, aktaran: Gözler (2009), s. 1399-1400.

şeklinde belirlenmesinin daha yerinde ve adalete uygun olacağını savunan görüşler de bulunmaktadır. Öğretinin tazminatın irat şeklinde belirlenmesine yönelik lehte ve aleyhte oluşan yaklaşımları bir bütün olarak ele almak konunun daha iyi anlaşılabilmesi için faydalı olacaktır.

### 1. Tazminatın Sermaye Şeklinde Belirlenmesi Gerektiği Yönündeki Görüşler

Öğretide bir görüş tazminatın sermaye şeklinde belirlenmesinin daha uygun olacağını ileri sürmekte ve irat şeklinde tazminat belirlenmesi aleyhinde görüşler ortaya koymaktadır. Bu görüşlerin dayanakları şunlardır:

- İrada karşı olan en temel görüş, enflasyon nedeniyle para değerinde meydana gelen kayıplar sonucunda irat şeklinde belirlenen miktarın zaman içinde anlamsızlaşarak zarar görenin gelir kaybına uğrayacağı fikrinden kaynaklanmaktadır.<sup>36</sup>

- İrat şeklinde tazminat belirlenmesi halinde zarar görenin manevi ızdırabının artacağı, her irat alışında yaşadığı acıyı hatırlayarak psikolojik olarak yıpranacağı, buna karşılık toptan ödenecek bir tazminatın kişinin psikolojik durumunun düzelmesine katkı sağlayacağı ileri sürülmektedir.<sup>37</sup>

- Zarar gören kişi yaşanan olay sebebiyle mesleğini yapamaz hale geldiğinde toptan verilecek bir tazminat, kişinin yeni bir iş kurmasını sağlarken, irat şeklinde tazminatta böyle bir imkan elde edemeyecektir.<sup>38</sup>

- Tazminat yükümlüsünün ilerleyen zamanda borç ödemekten aciz hale düşmesi halinde zarar görenin iradı (dolayısıyla tazminatı) alamama tehlikesi oluşabilir. Her ne kadar Kanunda bu riskin bertaraf edilmesi adına teminat alınacağı kurala bağlanmış ise de, teminatın yeterli bir güvence teşkil etmediği savunulmaktadır.<sup>39</sup>

- Tazminat yükümlüsünün, hâkimin takdir ettiği teminatı sağlayamaması ya da yurtdışında bulunması halinde sermaye şeklinde tazminata hükmetmenin zarar gören açısından daha güvenceli bir yol olacağı söylenebilir.<sup>40</sup> Öte yandan, iradın ödenmesinde yaşanan gecikme ya da aksamaların zarar görenin her seferinde hukuki yollara başvurmak zorunda

<sup>36</sup> Eren (2008), s. 743; Nomer, s. 212; Çağlayan, Ramazan (2007) Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara, Asil Yayınları, s. 244; Güleç (Uçakhan), Sema (2012) Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 435.

<sup>37</sup> Eren(2008), s. 743; İyimaya, s. 28; Nomer, s. 212.

<sup>38</sup> Eren(2008), s. 743.

<sup>39</sup> Eren (2008), s. 744; Nomer, s. 212.

<sup>40</sup> İyimaya, s. 28.



kalmasına sebep olacağı ifade edilmiştir.<sup>41</sup>

- Tazminatın amacının mağdurun zarar görmeden önceki durumunu kısmen de olsa geri getirmek olduğuna göre, zarara uğrayan ve ekonomik olarak sarsılan kişinin bu ekonomik durumunu yeniden toparlayarak düzeltebilmesinin ancak tazminatın sermaye şeklinde hükmedilmesi halinde mümkün olduğu savunulmuştur.<sup>42</sup>

- Hayat boyu irat şeklinde tazminata hükmedildiğinde, tahsilinin takibi vs. yönünden zarar gören açısından; yaptığı bir hatanın yükünü neredeyse tüm hayatı boyunca çekecek olması yönünden de tazminat yükümlüsü açısından katlanması zor bir durumun oluşacağı ileri sürülmüştür.<sup>43</sup>

## 2. Tazminatın İrat Şeklinde Belirlenmesi Gerektiği Yönündeki Görüşler

Öğretide tazminatın irat şeklinde belirlenmesinin taraflar için daha adil ve hukuka uygun olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Tazminatın irat şeklinde belirlenmesi yönünde ileri sürülen görüşleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Tazminatın asıl amacı zarara sebep olan olaydan önceki durumu tekrar canlandırmaya çalışmak<sup>44</sup> ise, zarar gören desteğini kaybetmemiş ya da vücut bütünlüğü bozulmamış olsaydı elde edeceği aylık gelirin, her ay irat şeklinde tazminat olarak ödenmesine karar verilmesi halinde bu amacın gerçekleşebileceği savunulmaktadır.<sup>45</sup> Özellikle, destekten yoksun kalma tazminatının irat şeklinde hükmedilmesinin, mahiyetine daha uygun düşeceği görüşü savunulmaktadır.<sup>46</sup>

- Zarar gören kişiler, sermaye şeklinde aldığı tazminatı her zaman doğru işlerde ve ekonomik olarak kullanamayabilirler.<sup>47</sup> Böyle bir durumda zarar gören kişilere ödenen tazminat anlamını yitirecek ve bu kişiler zarar doğuran olaydan önceki durumdan çok daha kötü bir duruma düşebileceklerdir. İrat şeklinde belirlenen tazminatta böyle bir risk bulunmamaktadır.<sup>48</sup>

<sup>41</sup> Nomer, s. 212.

<sup>42</sup> Eren (1972), s. 176; Öte yandan, Eren, sermaye şeklinde tazminata hükmedilmesi, irat şeklinde tazminata oranla engelli bir çocuğa daha iyi yetiştirme ve eğitim imkânı sağlayacağını belirtmiştir. Eren (1972), s. 177.

<sup>43</sup> Güleç (Uçakhan), s. 435.

<sup>44</sup> Nomer, s. 38.

<sup>45</sup> Eren (2008), s. 743; İyimaya, s. 24.

<sup>46</sup> Gürsoy, s.178; Karahasan, destekten yoksun kalma tazminatının zarar doğuran olay gerçekleşmemiş olsaydı, desteğini kaybeden kimse hangi durumda bulunacak idiye o durumun sağlanmasını amaçladığından, bu tazminatın irat şeklinde belirlenmesinin daha uygun düşeceği görüşündedir. Karahasan (2001), s. 341.

<sup>47</sup> Nomer, s. 213.

<sup>48</sup> Tekinay, s. 471; Eren (2008), s. 743; İyimaya, s. 24-25.

- Zarar görenin muhtemel yaşam süresi dikkate alınarak hesaplanan sermaye şeklindeki tazminatın, zarar görenin muhtemel yaşam süresinden önce ölümü halinde<sup>49</sup> tazminat yükümlüsü aleyhine, zarar gören lehine sebepsiz zenginleşme teşkil edeceği, oysa kişinin ölümü halinde irat sona ereceğinden bu yöntemde sebepsiz zenginleşme ihtimalinin bulunmadığı öne sürülmektedir.<sup>50</sup>

- Sermaye şeklinde hesaplanan tazminatların çok yüksek meblağları bulması, tazminat yükümlüsü işletme ya da kişileri iflas etme ve kapanma tehlikesi ile karşı karşıya getirmekte iken irat şeklinde belirlenen tazminat zamana yayılacağından böyle bir tehlike söz konusu olmayacaktır.<sup>52</sup> Benzer durum her ne kadar Devlet ve diğer kamu tüzel kişiler açısından kısa vadede sorun teşkil etmese de, bütçe dengesinin sarsılması bakımından uzun vadede soruna neden olabilecektir.

- Eski Borçlar Kanunu döneminde, hesaplanmış olan tazminatın çok yüksek meblağları bulması nedeniyle, uygulamada tazminattan belli ölçüde indirim yapılmasını eleştiren bir görüş, irat şeklinde tazminatın benimsenmesi ile artık tazminattan indirim yapılması yönünde gelişen eğilimin ortadan kalkacağını savunmaktadır.<sup>53</sup>

İrat şeklinde tazminata daha çok, yaşanan olay nedeniyle zararın gelecekte de devam edeceği durumlarda<sup>54</sup>, özellikle vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle işgücü kaybından doğan tazminat istemleri ile destekten yoksun kalma tazminatlarında karar verilebileceği<sup>55</sup>, mala yönelik zararlarda ise bu tazminat şeklinin sık rastlanmadığı belirtilmektedir.<sup>56</sup>

### C. POZİTİF HUKUKTA ve UYGULAMADA DURUM

6098 sayılı TBK'nın 51'inci maddesinde "*Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu*

<sup>49</sup> Nomer, s. 213.

<sup>50</sup> Benzer yönde İyimaya, s. 25. Bu durumun gerçek zararın tazmini ilkesine aykırı düşeceği yönünde Çalı, s. 39; Bununla birlikte, bu fikre katılmayan Eren, kişinin muhtemel yaşam ömründen daha uzun süre yaşama ihtimalinin ya da tahmin edilenden çok daha fazla çalışma ihtimalinin de bulunduğu, bu nedenlerle şans ve tesadüfe dayalı bu görüşün hukuki dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürmüştür. Eren (1972), s. 174.

<sup>51</sup> Öte yandan, tahmin ve varsayımlara dayalı hesaplama ile bulunarak sermaye şeklinde ilgiliye ödenecek tazminatın, gerçek zararın çok üstünde veya altında bir miktar olabileceği savunulmuştur. Karahasan (2001), s. 341; Gündüz/Gündüz, s. 248-249; Tazminatın irat şeklinde belirlenmesinin gerçekçi bir yol olduğu yönünde görüş için bkz. Güleç (Uçakhan), s. 435.

<sup>52</sup> İyimaya, s. 26-27.

<sup>53</sup> İyimaya, s. 27.

<sup>54</sup> Onar, s. 1753; Oğuzman/Öz, s. 110; Karahasan (2001), s. 275.

<sup>55</sup> Tekinay, s. 470; Oğuzman/Öz, s. 110.

<sup>56</sup> Nomer, s. 204.

*güvence göstermekle yükümlüdür.*" hükmü kurala bağlanmış olup, tazminatın ödenme şeklinin belirlenmesi yetkisi hakime verilmiştir. Hâkimin bu noktada gözeteceği husus, Kanuna göre "durumun gereği" ve "özellikle kusurun ağırlığı" olacaktır. Ayrıca iradın ödenme dönemlerini belirleme yetkisi de hâkime ait olup, hâkim, durumun gereğine göre aylık ya da yıllık gibi dönemler belirleyebilecektir.<sup>57</sup> Hâkim tazminatın bir kısmını sermaye şeklinde diğer bir kısmını irat şeklinde de belirleyebilir.<sup>58</sup> Öte yandan, tazminatın irat şeklinde ödenmesine hükmedilmesi durumunda tazminat borçlusunun güvence(teminat) göstermekle yükümlü olacağı emredici olarak düzenlenmiş olup, bu noktada hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır. Anılan hükümler 6098 sayılı TBK'dan önce yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanununda da yer almış olup, hükmün içeriği itibariyle her iki düzenleme arasında esaslı bir farklılık bulunmamaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk bakımından Eren, Alman Hukukunda ana kuralın irat şeklinde tazminata hükmetmek olduğu, zarar görenin önemli bir sebebi göstererek sermaye şeklinde tazminatı talep edebileceğini; buna karşılık İtalyan, Fransız, Avusturya ve İsviçre Hukukunda ise yerleşik görüş ve uygulamanın sermaye şeklinde tazminata hükmedilmesi yönünde oluştuğunu not etmektedir.<sup>59</sup>

Gerek yürürlükteki TBK, gerekse mülga Borçlar Kanununda hâkime tanınan yetki, uygulamada mahkemeler tarafından tazminatın sermaye şeklinde belirlenmesi yönünde kullanılmış<sup>60</sup>, tazminatın irat şeklinde belirlenmesi yolu ise istisnalarla sınırlı kalmıştır. Bu uygulama hem eski Kanun döneminde hem de yürürlükteki Kanun döneminde devam etmiştir.<sup>61</sup>

Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında irat şeklinde tazminata hükmedilebileceği, hatta "zararın geleceğe yöneldiği ve sürekli bir nitelik taşıdığı durumlarda" bu yönetme başvurusunun daha uygun düştüğü, bununla birlikte hâkimin tazminat türünü belirlerken durumun gereğini ve kusurun ağırlığını her

<sup>57</sup> Karahasan (2001), s. 341; İyimaya, s. 32.

<sup>58</sup> Eren(2008), s. 745; İyimaya, s. 30.

<sup>59</sup> Eren (1972), s. 168-173.

<sup>60</sup> Gürsoy, s. 178; Nomer, s. 211; Karahasan (2001), s. 342; Eren, s. 743; Çağlayan, s. 823. Hatta öğretide bir görüş, Kanunun hükme bağlanış şekli itibariyle Türk Hukukunda sermaye şeklinde tazminatın kural, irat şeklinde tazminatın ise istisna olduğunu ileri sürmüştür. Eren (1972), s. 173; İrat şeklinde tazminatın istisnai olduğu yönünde bir diğer görüş için bkz. Yenice/Esin, s. 110; Ancak aksi yöndeki çoğunluk görüşüne göre Kanunun lafzı itibariyle böyle bir yorum yapma imkanı bulunmayıp, hakim her iki yöntemden birini seçebilecektir. İyimaya, s. 30.

<sup>61</sup> "Bu somucun oluşmasında, böylesi talep ve temyizlerin yargı önüne getirilmemiş olması, sorununla ilgili uygulama ve teorik aktüel tartışma birikiminin yokluğu, günümüzdeki kadar nitel ve nicel yoğunlukta problemlerin belirmemesi ve benzeri faktörlerin muhtemelen önemli rolleri olmuştur." İyimaya, s. 33.

olayda göz önünde tutmakla yükümlü olduğu, hâkimin durumun gerektirmediği halde ve kusurun ağırlığı elverişli bulunmuyorsa irat şeklinde tazminata hükmedemeyeceği, tazminat türünün seçimini belli dava türlerinde aynı tazminat türünü benimsemek yönünde genel esaslara tabi tutmak yerine, her davanın özelliğine göre sermaye şeklinde tazmin ya da irat şeklinde tazmin yollarından birinin seçilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>62,63</sup> Ancak bu tür kararlar istisna teşkil etmiş ve haksız fiilden kaynaklanan destekten yoksun kalma, iş gücü kaybına

<sup>62</sup> "Türk Kanun koyucusu, Borçlar Kanununun 43'ncü maddesinde öngördüğü bir temel kural gereğince, tazminatın türünü ve kapsamını belirleme yetkisini hakime vermiştir. Gerçekten anılan maddenin 1'inci fıkrasında hakimin hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şumulünün derecesini tayin» eyleceği yazılıdır. Bu bakımdan, hakimin gerektiğinde "gelir (irat) tahsisi" yoluyla tazmin biçimini seçmiş olması, bu belirleme yetkisinin doğal sonucudur. Sözü edilen yetki, temelde yatan sosyal düşünce açısından kesindir ve varlığı taraf isteğinin bulunuşu şartına bağlı değildir. Bu nedenle, burada, hakimin taraf iradeleri ile bağlı bulunması kuralının geçerli olmadığı açık ve seçiktir. Esasen HUMK'nun 74'ncü maddesi bu kuralı, Medeni Kanununun belli hükümleriyle belirgin olarak sınırlamıştır ve Medeni Kanunun bir bölümünden ibaret bulunan Borçlar Kanununun 43'ncü maddesinin ise, bu "belli hükümler" çevresine girdiği yönü şüphe dışıdır. Öbür yandan -bu olayda olduğu gibi- zararın geleceğe yöneldiği ve sürekli bir nitelik taşıdığı durumlarda gelir tahsisi yoluyla tazmin biçiminin çokluk tazminatın sermaye şeklinde belirlenmesine karşı belli bir üstünlüğü haiz bulunduğu ve bu tür tazminata daha uygun düştüğü ortadadır. Bu yön, baskın düşünce olarak, Türk doktrininde de belirtilmiştir. Bu nedenlerle, mahkemenin tazminatı «gelir (irat) biçiminde» karara bağlamasında yasaca bir engel bulunmamaktadır. Bu konuda açık olmakla birlikte şu yönler üzerinde de durulmalıdır: ... Hal böyle olmakla birlikte kanun, hakimin taraf istekleriyle bağlı bulunmaması anlamında kesin bulunan bu yetkinin bir takım esaslara uygun biçimde kullanılmasını öngörmüştür. Bunlar Borçlar Kanununun 43'ncü maddesinin anlatımıyla «hal ve mevkiin icabı» ve «hatanın ağırlığı»dır. Değişik söyleyişle, hakim, tazminatın kapsamını olduğu kadar tazminatın türünü de belirlerken, durumun gereğini ve kusurun ağırlığını gözönünde tutmakla yükümlüdür. Hakim, her halde, durum gerektirmiyorsa ve kusurun ağırlığı elverişli bulunmuyorsa, örneğin, «gelir» biçiminde tazmin yolunu seçemez. Hiç şüphesiz, tazminatın sermaye şeklinde belirlenmesi durumu iş de, bu böyledir. ... Bu yönden, aynı konudaki davalar; sanki bunlar aynı dava ve her birinde durum aynı imişcesine aynı ölçü ve esaslara tabi tutmaktan kaçınılmalı; tersine, her davanın bağımsız bulunduğu esastan hareket olunarak davalar olabildiğince ferdeleştirilmeli, her davanın özelliğine ve meydana getirdiği durumun gereğine göre sermaye şeklinde tazmin, ya da gelir şeklinde tazminin yollarından biri seçilmelidir." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. 20217/7043-E/K, T: 20/03/1972, aktaran: İyimaya, s. 33'te yer alan 33 nolu dipnot.

<sup>63</sup> Öte yandan, boşanma sebebiyle istenen maddi tazminatın ve nafakanın ödeme biçimini hükme bağlayan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 176'ncı maddesinde "*Maddi tazminat ve yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebilir.*" hükmünün uygulama alanı bulduğu ve yoksulluk nafakası istemiyle açılan bir davada Yargıtay, "Davacı -karşı davalı kadın dava dilekçesinde hiçbir geliri olmadığını boşanma sonucunda aylık 800-TL yoksulluk nafakası talebinde bulunmuştur. Mahkemece, davacı-karşı davalı kadın yararına toptan ödeme şeklinde 10.000-TL yoksulluk nafakasına hükmedilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 176. maddesinin birinci fıkrasında, yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebileceği öngörülmüştür. Yoksulluk nafakasının toptan ya da irat biçiminde ödenbilmesine karar verilebilmesi için, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile ödeme gücü ve isteklerinin göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır. Yasal olarak yoksulluk nafakasının, toptan veya durumun gereklerine göre aylık irat biçiminde ödenmesine karar verilebilir (TMK. m. 176/1) ise de; somut olayda nafaka yükümlüsünün, emekli olup kazancını "aylık" olarak elde ettiği, başkaca mal varlığı ve servetinin bulunmadığı görülmektedir. Toptan ödeme, ödenecek miktar dikkate alındığında, davalının ekonomik durumuna uygun değildir. O halde, yükümlünün, yoksulluk nafakasını aylık irat şeklinde ödemesinin uygun olacağı gözetilerek, bu yönde hüküm kurulması gerekirken, nafakanın toptan ödenmesine karar verilmesi somut olay bakımından isabetli bulunmamış, bozmayı gerektirmiştir." şeklinde karar vermek suretiyle, hakimin tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile ödeme gücü ve isteklerinin göz önünde bulundurulması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2016/21461, K: 2018/8838, T: 10/09/2018. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23.10.2018.

uğrama, tedavi ya da cenaze giderleri gibi maddi zarar unsurları yönünden sermaye şeklinde tazminata hükmetme yolu gerek yerel mahkemeler gerekse Yargıtay uygulamasında yerleşik hale gelmiştir.<sup>64</sup>

Konunun Danıştay ve diğer idari yargı merciileri bakımından da aynı istikamette ilerlediği söylenebilir. Danıştay, 1960'lı yıllar ile 1970'li yılların başında bazı davalarda irat şeklinde tazminata hükmetmiş iken<sup>65</sup>, daha sonraki yıllarda gerek destekten yoksun kalma tazminatı, gerek vücut bütünlüğünün kaybı nedeniyle iş gücü kaybından dolayı hesaplanan tazminatı, gerekse engelli hale gelerek başkasının bakımına muhtaç duruma gelen kişiler için hesaplanan bakıcı giderinden doğan tazminat bakımından sermaye şeklinde tazminata hükmeden yerel mahkeme kararlarını onamak suretiyle aynı yöntemi benimsemiştir.<sup>66</sup> Gözler, Danıştay'ın irat şeklinde tazminat yöntemini benimsememesinin sebebinin ülkede yaşanan yüksek enflasyon nedeniyle irat şeklinde hükmedilen tazminatların sonradan değerini yitirmesi olduğu görüşündedir.<sup>67</sup>

Kapanmadan önce Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin de irat şeklinde tazminata hükmetme yolunu benimsemediği görülmektedir. Bir kararında "*Yıllık enflasyon hızının %30-35 olduğu ve davacının yaşama süresi düşünülürse, 3-5 sene gibi bir süre sonra irat şeklinde hükmolunan tazminatın sembolik bir rakam haline geleceği ve bu durumun da davacının aleyhine olacağı muhakkaktır.*"<sup>68</sup> gerekçesine yer verdiği düşünülürse, AYİM'in de yüksek enflasyondan dolayı iradın değerini yitirmesi ihtimali nedeniyle irat şeklinde tazminatı benimsemediği söylenebilir.

#### D. GÜNCEL YARGI KARARLARI SONRASI DURUM

Danıştay'ın güncel bazı kararlarında idarenin hatalı tıbbi uygulamaları sonucu ağır engelli konuma gelen ve başkasının desteği olmaksızın günlük yaşam aktivitelerini yerine getiremeyecek olanların bakımının üstlenilmesi nedeniyle oluşan zararın tazmini istemiyle açılan tam yargı davalarında, muhtemel yaşam süresi dikkate alınarak yapılan hesaplamalara dayalı olarak sermaye şeklinde tazminata hükmeden yerel mahkeme kararlarının, toplu(sermaye) şekilde tazminata hükmedilmesi halinde bazı mahsurların ortaya çıkacağı, bunun önüne

<sup>64</sup> İş gücü kaybından doğan maddi tazminat bakımından Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E: 2015/13702, K: 2018/7048, T: 11/07/2018; destekten yoksun kalma tazminatı bakımından aynı Dairenin E: 2015/17458, K: 2018/9142, T: 16/10/2018, aynı Dairenin E: 2015/16351, K: 2018/8919, T: 10/10/2018, aynı Dairenin E: 2015/16357, K: 2018/8929, T: 10/10/2018 kararları örnek gösterilebilir. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 07/11/2018.

<sup>65</sup> **Gözler** (2009), s. 1400.

<sup>66</sup> Bazı tazminat unsurları bakımından farklılaşan güncel Yüksek Mahkeme kararlarına bir sonraki başlıkta değinilecektir.

<sup>67</sup> **Gözler** (2009), s. 1401.

<sup>68</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi, E: 1982/4000, K: 1983/..., T: 16/11/1983, tarih ve aktaran: **Gözler** (2009), s. 1401.

geçilebilmesi için dönemsel olarak (irat şeklinde) tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmasına karar verilmektedir. Kararın gerekçesinde aynen "*Bilindiği üzere, idarenin hatalı tıbbi uygulamaları sonucu ağır engelli konuma gelen ve başkasının desteği olmaksızın günlük yaşam aktivitelerini yerine getiremeyecek olanların bakımının üstlenilmesi nedeniyle açılan davalarda, muhtemel yaşam süresi dikkate alınarak yapılan hesaplamalara dayalı olarak belirlenen toplu tazminat miktarlarının idarelerce ilgililere ödenmesine karar verilmektedir. Tazminatın toplu olarak ödenmesine karar verilen bu durumlarda, bakıma muhtaç kişinin hesaplanan muhtemel yaşam süresinden daha erken bir tarihte vefatı halinde, idare aleyhine bir sebepsiz zenginleşme ortaya çıkabilmekte ve ödenen tazminatlar geri istenebilmektedir. Bu neviden bir soruna mahal verilmemesi açısından, bakıcı giderine ilişkin maddi tazminat hesabının Dairemiz yerleşik içtihatları gereği aşağıda belirtilen ilkelere göre yapılması gerekmektedir. Buna göre;*

1- Bakımı üstlenilen ağır engelli hastanın hayatta olduğunun belgelendirildiği sürece bakıcı giderlerinin ödenmesine karar verilmesi,

2- Ödemenin her takvim yılı başında yıllık peşin olarak yapılması,

3- Bakımı üstlenilen ağır engelli hastanın bakıcı giderine ilişkin maddi tazminat tutarının, aylık brüt asgari ücret üzerinden hesaplanması,

4- Anılan kriterler dikkate alınarak, olay tarihi ile mahkemece verilecek karar tarihi arasında geçen süre için bakıcı gideri tazminat tutarının bir bütün olarak hesaplanması, bu tutarının yasal faiziyle birlikte tazminat olarak ödenmesine karar verilmesi ve bu kısım açısından nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi,

5- Mahkemece verilecek karar tarihinden sonraki dönemler için yapılacak bakıcı gideri tazminatına ilişkin ödemelerin, davalı idarece re'sen ağır engelli kişinin yaşadığı tespit edilmek ve ilgili yıldaki brüt asgari ücret üzerinden hesaplanmak suretiyle her takvim yılının başında peşin olarak yapılmasına karar verilmesi ve bu kısım açısından maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir.

... yukarıda belirtilen kriterler dikkate alınarak bakıcı giderlerine ilişkin tazminatın yeniden dönemsel olarak hesaplatılarak karara bağlanması"<sup>69</sup> açıklamalarına yer verilmektedir.

<sup>69</sup> Danıştay 15. Dairesi, E: 2018/2573, K: 2019/151, T: 17/01/2019; aynı Dairenin E: 2017/583, K: 2018/2047, T: 22/02/2018. Aynı yönde Danıştay 15. Dairesi, E: 2014/2482, K: 2018/6246, T: 18/09/2018. Danıştay daha önceki yıllarda vermiş olduğu bir kararında ise aynı sonuca farklı gerekçelerle ulaşmıştır: "Bu noktada davalı idarenin sağlık hizmet sunumunda kusuru sonucu %100 özürlü (engelli) konuma gelen davacıların çocuğu Yusuf'un bütün yaşamı boyunca bir başkasının desteği olmaksızın günlük yaşam aktivitelerini yerine getiremeyeceğinden, bakımının bir başkası tarafından üstlenilmesi nedeniyle davacıların ekonomik açıdan pasifleri artacaktır. Bakıcı giderinin bakıma muhtaç çocuğun daha iyi bakılması ve ailesinin bakım gideri yönünden pasifinin yani borcunun (bakım gideri) artmasını engellemeye yönelik olması gerekmektedir. Bu açıdan bakıcı gideri maddi tazminat kaleminin aylık asgari ücretin brüt miktarı üzerinden hesaplanması sonucunda tespit edilen tutarın ne şekilde ödeneceği hususu ayrıca irdelenecektir. Bakıcı ücreti yukarıda

Yüksek Mahkemenin bu kararı ile ilgili bazı tespitlere ulaşmak mümkündür. Bu tespitleri bir bütün halinde ele almak gerekirse:

- Yukarıda belirtilen uygulama Danıştay'ın 15. Dairesi tarafından benimsenmiş olup, tam yargı davaları bakımından görevli diğer daireler tarafından bu satırların yazıldığı tarih itibarıyla henüz benimsenmiş değildir.<sup>70</sup> Özellikle Danıştay 10. Dairesi<sup>71</sup> ve 8. Dairesi<sup>72</sup> bakım ücreti (ve diğer maddi tazminat unsurları) bakımından, sermaye şeklinde tazminat uygulamasını devam ettirmektedir.<sup>73</sup>

- Danıştay'ın bu içtihadının (en azından anılan Daire açısından) istikrar kazandığı ve yerleşik hale geldiği anlaşılmaktadır. Bu husus kararın gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır.

- Karar sadece "idarenin hatalı tıbbi uygulamaları sonucu ağır engelli konuma gelen ve başkasının desteği olmaksızın günlük yaşam aktivitelerini yerine getiremeyecek olanların bakımının üstlenilmesi" nedeniyle açılan tam

---

belirtildiği gibi %100 engeli nedeniyle günlük yaşam aktivitelerini bir başkasının desteği olmaksızın yerine getiremeyen şahsa bakacak kişiye ödenecek ücret olup, bu ücret % 100 engelli kişinin hayatta olduğu sürece ve bu kişinin bakımı yapıldığı sürece ödenecektir. Bu ücret bir defada tazminat şeklinde ödeneceği gibi bakımı üstlenilen % 100 Ağır engelli hastanın hayatta olduğunun belgelendirildiği sürece irat şeklinde ödenmesine hükmedilmesi yönünde Borçlar Kanununda hakime takdir yetkisi verilmektedir. Bakımı üstlenilen %100 Ağır engelli hastaya özgü olan bakıcı giderinin, bakımın öznel ve devamlı olarak daha iyi gerçekleşmesi bakımından irat olarak ödenmesi amaca daha uygun olacaktır. Bu durumda, aylık brüt asgari ücret üzerinden hesaplanan bakıcı gideri tutarının irat şeklinde her takvim yılının başında yıllık peşin olarak ödenmesine karar verilmesi bakımının devamı için, davacıların çocuğunun yararına olacaktır. Bu nedenle, temyizce konu Mahkeme kararının, bakım ücretinin 24 saat ve yine brüt ücret üzerinden dikkate alınarak bu şekilde hesaplanan 2.146.936,84 TL'nin davacı tarafa ödenmesine ilişkin kısmında hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay 15. Dairesi, E: 2015/4914, K: 2016/3966, T: 02/06/2016. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23.10.2018.

<sup>70</sup> İşbölümü kararı uyarınca, Danıştay 15. Dairesi, özellikle karayolları ve sağlık mevzuatı ile 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanundan doğan tam yargı davalarında görevli bulunmaktadır. Danıştay 8. Dairesi özellikle mahalli idarelerle ilgili mevzuattan doğan tam yargı davalarında, 10. Daire ise bu sayılanlar dışında kalan konularda açılan tam yargı davalarında görevlidir. Bkz. Danıştay Başkanlık Kurulu'nun 13.09.2018 tarih ve 2018/32 sayılı kararı ile değişik iş bölümü kararı <https://www.danistay.gov.tr/kurumsal-5-dairelerin--blm.html>, s.e.t. 14/11/2018.

<sup>71</sup> Bakıcı gideri bakımından, Danıştay 10. Dairesi, E: 2016/1918, K: 2017/3795, T: 28/09/2017; efor kaybından doğan maddi tazminat bakımından aynı Dairenin E: 2017/2573, K: 2018/1997, T: 31/05/2018 kararı ile yine bu Dairenin E: 2017/4202, K: 2018/2053, T: 06/06/2018 kararı; işgücü kaybından doğan maddi tazminat bakımından aynı Dairenin E: 2014/3815, K: 2018/154, T: 25/01/2018 kararı örnek gösterilebilir. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 07/11/2018.

<sup>72</sup> İş gücü kaybından doğan maddi tazminat bakımından Danıştay 8. Dairesi E: 2017/4093, K: 2018/2841, T: 23/05/2018 kararı örnek gösterilebilir. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 07/11/2018.

<sup>73</sup> Bununla birlikte, bu çalışmanın sonuna yaklaşıırken Danıştay Başkanlık Kurulunun 07/03/2019 tarih ve 2019/24 sayılı kararı ile Danıştay 15. Dairesinin kapatılmasına karar verilerek Başkanlık Kurulunun aynı tarih ve 25 sayılı kararı (07/03/2019 tarih ve 30707 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.) ile bu Dairenin baktığı uyuşmazlık türlerinin de diğer daireler arasında (özellikle tam yargı davaları bakımından 8 ve 10'uncu Dairelere) paylaştırılması kararlaştırıldığından, 15. Dairenin oluşturduğu ve istikrarlı bir şekilde uyguladığı ve halihazırda yerel mahkemelerce buna göre kararlar verilen içtihadın diğer dairelerce benimsenip benimsenmeyeceğini zaman gösterecektir.

yargı davalarını kapsamakta olup, irat şeklinde tazminata bakıcı gideri/bakım ücreti adı altında istenen bu tazminat istemlerinde karar verileceği anlaşılmaktadır.

- Danıştay'ın irat şeklinde tazminata hükmedilmesi yönünde içtihadının oluşmasında, muhtemel yaşam süresi dikkate alınarak hesaplanacak toplu/sermaye şeklinde tazminatların, kişinin muhtemel yaşam süresinden önce ölümü halinde idare aleyhine sebepsiz zenginleşme teşkil edeceği ve toplu ödenen tazminatın idarece ilgililerden geri istenebileceği, bu soruna mahal verilmemesi için tazminatın hesaplanmak suretiyle topluca ödenmesi yerine dönemsel olarak irat şeklinde ödenmesi gerektiği düşüncesi belirleyici olmuştur. Yukarıda irat şeklinde tazminatın ödenmesi gerektiği yolunda öğretide ileri sürülen görüşlerin dayandığı temel sebeplere yer verilmişti. Danıştay, bu sebeplerden sadece toplu/sermaye şeklinde hükmedilen tazminatın ilgilinin muhtemel yaşam süresinden evvel ölümü halinde idare aleyhine sebepsiz zenginleşmeye neden olması ve idarece ilgililerden geri istenmesi olasılığına odaklanmış, irat şeklinde tazminata hükmedilmesinin lehinde gösterilen diğer sebepler hakkında herhangi bir açıklamaya kararda yer verilmemiştir. Bu kapsamda olmak üzere, irat şeklinde tazminata hükmedilmesine yönelik fikri güçlendirmek adına, toplu/sermaye şeklinde ödenen tazminatın ağır engelli konumuna gelen kişi ya da onun bakımını üstlenecek kişiler tarafından ekonomik ve dikkatli kullanılmaması halinde, engelli kişinin zarar doğurucu fiilden önceki durumuna nazaran çok daha kötü ekonomik ve sosyal koşullarda yaşamasına neden olunabileceği, oysa irat şeklinde tazminata hükmedilmesi halinde bakımı üstlenen kişilerin, dönemsel ödenen tazminatı engelli kişi yararına kullanacağı ve bunun da engelli konumuna gelen kişinin zararı doğuran olaydan önceki durumuyla aynı ekonomik durumu sağlayarak tazminattan beklenen faydanın sağlanacağı söylenebilir. Nitekim Danıştay'ın önceki yıllarda vermiş olduğu bir kararında bakımı üstlenilen %100 ağır engelli hastaya özgü olan bakıcı giderinin, bakımın özenli ve devamlı olarak daha iyi gerçekleşmesi bakımından irat olarak ödenmesinin amaca daha uygun olacağını hükme bağlamıştır.<sup>74</sup>

- Muhtemel yaşam ömrü hesaplanmak suretiyle belirlenen diğer tazminatlar olan işgücü kaybindan doğan tazminat<sup>75</sup> ile destekten yoksun kalma tazminatında Danıştay tarafından sermaye şeklinde tazminata

<sup>74</sup> Danıştay 15. Dairesi, E: 2015/4914, K: 2016/3966, T: 02/06/2016. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

<sup>75</sup> İş gücü kaybı ya da azalmasından doğan zararların tazmininde irat şeklinde tazminata karar verilmesinin tercih edilebileceği ifade edilmiştir. **Mazlum, İsmet** (2013) "Tazminat Hükümünün Değiştirilmesi Amacıyla Açılan Davanın Yargılama Hukukundaki Yeri" TBB Dergisi, Y:2013 S:106, s. 325.



hükmedilmesi yolunda süregelen içtihat devam etmektedir.<sup>76</sup> Danıştay'ın bakıcı giderinden doğan tazminatın irat şeklinde ödenmesine karar verilmesinin altında yatan düşünce, muhtemel yaşam ömründen önce kişinin ölmesi halinde topluca ödenen tazminatın sebepsiz zenginleşme teşkil edeceği varsayımı olduğuna göre, adı geçen iki tazminat türünde de benzer durumun gerçekleşebileceği açık olmakla birlikte, Yüksek Mahkeme bakıcı giderinden doğan tazminatta benimsediği yorumu bu iki tazminat türünde henüz benimsememiştir.

- Yukarıda hâkimin, tazminatın bir kısmını sermaye şeklinde, bir kısmını ise irat şeklinde belirleyebileceğini aktarmıştık. Danıştay da bu yolu benimseyerek, tam yargı davasında olay tarihi ile mahkemece verilecek karar tarihi arasında geçen süre için bakıcı giderinin bir bütün olarak hesaplanarak ilgiye topluca ödenmesine, mahkemece verilecek karar tarihinden sonraki dönemler için yapılacak bakıcı gideri tazminatının ise irat şeklinde hesaplanarak her takvim yılı başında ödenmesine karar vermiştir.

- Danıştay kararında bakıcı giderinin, bakımı üstlenilen ağır engellinin hayatta olduğu sürece ödenmesine karar verileceği belirtilmiş, bunun yöntemi konusunda sınırlayıcı bir gerekçeye yer verilmemiştir. Kişinin hayatta olduğunu gösterir herhangi bir belge (e-devlet sistemi üzerinden alınan yada nüfus müdürlüklerinden alınan nüfus kayıt örnekleri yeterli olacaktır.) ile idarece tespit yapıldıktan sonra ödeme yapılacaktır. Bunun araştırılması ve iradın ödenmesi idarece re'sen gerçekleştirilecek olup, davacı tarafın herhangi bir başvurusu aranmayacaktır. Hükmün verilmesinden bir süre sonra idarece kişinin engellilik durumunun (bir şekilde) sona erdiği ya da engellilik oranının azaldığı ileri sürülerek ödeme yapılmaması ya da bu konuda Mahkemeden yeniden karar verilmesinin istenilmesi halinde nasıl bir yol izlenmelidir? Belirtilmelidir ki, kararda sadece kişinin hayatta olduğunun belgelendirilmesi istenmiş, engellilik halinin ya da engellilik oranının aynı şekilde devam edip etmediğinin her ödeme döneminde belgelendirilmesi ya da araştırılması gibi bir hükme yer verilmemiştir. Kişinin engellilik hali ve oranı yargılama sırasında tespit edilerek, ödenecek tazminat buna göre belirlendikten sonra, kişinin engel durumunun kesin hüküm kuralından faydalanacağı ve bu nedenle engellilik hali ve oranı konusunda idarenin sonradan bir değişiklik girişiminde bulunamayacağı söylenebilir. Bununla birlikte tazminatın irat şeklinde belirlenmesinin altında yatan düşüncelerin yanında hükmedilen tazminatın bakım giderinden doğan tazminat olduğu da

<sup>76</sup> İş gücü kaybından doğan maddi tazminat bakımından Danıştay 15. Dairesi, E: 2016/6478, K: 2017/1130, T: 13/03/2017 kararı ile aynı Dairenin E: 2013/13459, K: 2018/3300, T: 03/04/2018 kararı örnek gösterilebilir. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 07/11/2018.

dikkate alınır, sonradan engellilik hali sona ermiş ya da engel oranında değişme meydana gelmiş bir kişinin daha önceden belirlenmiş olan duruma göre belirlenen tazminat miktarını almaya aynı şekilde devam etmesinin idare aleyhine sebepsiz zenginleşme teşkil edeceği sonucuna varmak da mümkündür.

- İradın ödenme dönemlerini belirleme yetkisi hakime aittir. Danıştay, irat şeklinde ödemenin her takvim yılı başında yıllık ve peşin olarak yapılmasına karar vermiştir.

### III. TAZMİNATIN İRAT ŞEKLİNDE BELİRLENMESİ DURUMUNDA UYGULAMADA KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

#### A. YARGILAMA USULÜ BAKIMINDAN ÖZELLİKLİ DURUMLAR

##### 1. Hâkimin Taleple Bağlı Olup Olmaması

İdari yargı mercileri, kural olarak tam yargı davalarında taleple bağlı olarak karar vermek durumundadırlar. Örneğin hâkim, davacı tarafın istemiş olduğu miktardan fazla bir tazminata hükmedemez.<sup>77</sup> Ancak, tazminatın ödenme şeklinin belirlenmesi aşamasında tarafların taleplerinin hâkimin yetkisi üzerinde doğrudan bağlayıcı bir etkisi olmayacaktır,<sup>78,79</sup> zira 6098 sayılı Kanun 51'inci maddesi bu konuda hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Gerçekten, taraflar irat şeklinde tazminata hükmedilmesini talep etmeleri durumunda<sup>80</sup> mahkeme durumun gereklerini gözeterek sermaye şeklinde tazminata hükmedebileceği gibi, sermaye şeklinde tazminat ödenmesine karar verilmesi isteminde bulunduğu da bu kez irat şeklinde tazminata hükmedebilir.

##### 2. Hüküm Fıkrasının İçermesi Gereken Özel Hükümler

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 24'üncü maddesinde mahkeme kararının içermesi gereken hususlar belirtilmiştir.<sup>81</sup> Mahkeme kararının

<sup>77</sup> **Gözler** (2009), s.1371; **Ünlüçay**, s.7; **Sezer, Yasin/Bulut, Uğur** (2016) 'İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2016, S:116, Ankara, s. 234; **Bardakçı, Mehmet Akif** (2013) 'İdarenin Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu' (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 234.

<sup>78</sup> Tarafların bu hususta anlaşması halinde hâkimin bununla bağlı olduğu yolundaki görüş için bkz. **Nomer**, s. 204.

<sup>79</sup> **İyimaya**, s. 30; **Çalı**, s. 38; **Gündüz/Gündüz**, s. 248; **Güleç (Uçakhan)**, s. 724.

<sup>80</sup> İrat şeklinde tazminat talep edilmesi durumunda dahi, idari yargılama usulü ilkeleri ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3'üncü maddesi uyarınca, dava dilekçesinde açıkça miktar yazılarak talepte bulunulması gerekmektedir. Nitekim miktar belirtmeden ileriye yönelik irat şeklinde tazminat istemi ile açılan bir davada idari yargı merciince bu ilke vurgulanmak suretiyle karar verilmesine olanak bulunmadığına hükmedilmiştir. Sivas İdare Mahkemesi E: 2011/1830, K: 2012/185, T: 16/02/2012. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

<sup>81</sup> 2577 sayılı İYUK md. 24: "Kararlarda: a) Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları

sonuç bölümüne ise hüküm fıkrası (2577 sayılı Kanununun 24'üncü maddesine göre "hüküm") adı verilir. Tam yargı davaları sonucunda verilen hüküm fıkrasında dava dilekçesi ile talep edilen maddi ya da manevi tazminat isteminin kabul (kabul edilmişse açıkça hükmedilen tazminat miktarı) ya da reddedildiği (kısmen kabul var ise ne kadarının kabul edilip ne kadarının reddedildiği), talep edilmişse hükmedilen tazminata uygulanacak faiz, yargılama giderleri ve avukatlık ücreti bakımından taraflara tanınan hak ve yüklenen yükümlülükler<sup>82</sup> açıkça belirtilmelidir. İrat şeklinde tazminata hükmedilmesi durumunda ise hüküm fıkrasının özel bazı hususları içermesi gerekmektedir.<sup>83</sup> Bu hususlar, özellikle:

- Kısmen sermaye şeklinde kısmen de irat şeklinde tazminata hükmedilmesi durumunda, bu ayrıma sadece kararın gerekçe kısmında yer vermek yeterli olmayacaktır. Hükmün icrası sırasında tereddüte mahal verilmemesi bakımından, tazminatın hangi kısmının sermaye şeklinde belirlendiği ve ne miktarda olduğu açıkça belirtildikten sonra, irat şeklinde belirlenen kısmın da yine açıkça vurgulanması gerekmektedir.<sup>84</sup>

- İradın başlama zamanının açıkça belirtilmesi gerekmektedir. İradın başlama zamanı sıklıkla mahkeme kararının verildiği tarih olacaktır. Danıştay da bakıcı giderinden doğan tam yargı davalarında iradın başlama zamanını "mahkemece verilen karardan sonraki dönem" olarak belirtmiştir.<sup>85</sup>

- Hüküm fıkrasında iradın ödenme dönemleri ve bu dönemler içerisinde de iradın tam olarak ödeneceği zamanın açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Danıştay, iradın "her takvim yılının başında peşin olarak yapılmasına karar verilmesi" gerektiğine hükmetmiştir. Buna göre tazminat olarak ödenecek olan

---

yahut unvanları ve adresleri, b) Davacının ileri sürdüğü olayların ve dayandığı hukuki sebeplerin özeti istem sonucu ile davalının savunmasının özeti, c) Danıştayda görülen davalarda tetkik hakimi ve savcının ad ve soyadları ile düşünceleri, d) Duruşmalı davalarda duruşma yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise hazır bulunan taraflar ve vekil veya temsilcilerinin ad ve soyadları, e) Kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm: tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarı, f) Yargılama giderleri ve hangi tarafa yükletildiği, g) Kararın tarihi ve oybirliği ile mi, oyçokluğu ile mi verildiği, h) Kararı veren mahkeme başkan ve üyelerinin veya hakiminin ad ve soyadları ve imzaları ve varsa karşı oyları, ı) Kararı veren dairenin veya mahkemenin adı ve dosyanın esas ve karar numarası, Belirtilir."

<sup>82</sup> **Kuru, Bakı/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder** (2009) Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), 20. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 479.

<sup>83</sup> **İyimaya**, s. 43.

<sup>84</sup> Nitekim, Danıştay, yukarıda zikredilen ve irat şeklinde tazminata hükmedilmesi yolundaki kararlarında, olay tarihi ile mahkemece verilecek karar tarihi arasında geçen süre için bakıcı gideri tazminat tutarının bir bütün olarak hesaplanması, bu tutarının yasal faiziyle birlikte tazminat olarak ödenmesine hükmedilmesini, mahkemece verilecek karar tarihinden sonraki dönemler için yapılacak bakıcı gideri tazminatına ilişkin ödemelerin ise irat şeklinde hükmedilmesini karara bağlamıştır. Danıştay 15. Dairesi, E: 2015/4914, K: 2016/3966, T: 02/06/2016; aynı Dairenin E: 2017/583, K: 2018/2047, T: 22/02/2018; aynı Dairenin E: 2014/2482, K: 2018/6246, T: 18/09/2018. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

<sup>85</sup> Danıştay 15. Dairesi, E: 2015/4914, K: 2016/396, T: 02/06/2016; aynı Dairenin E: 2017/583, K: 2018/2047, T: 22/02/2018; aynı Dairenin E: 2014/2482, K: 2018/6246, T: 18/09/2018. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

irat, her yıl peşin olarak ödenecek ve ödeme zamanı da takvim yılının başı<sup>86</sup> olacaktır. Öte yandan, aynı kararda Danıştay, davacı tarafın herhangi bir başvurusu beklenmeksizin iradın idarece re'sen ödenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yukarıda, irat şeklinde tazminatın bir mahsurunun da kişilerin her yıl ağır engellinin hayatta olduğunu belgelendirerek iradın ödenmesi için başvurusunun sebep olacağı psikolojik sarsıntıya neden olması ihtimali olduğuna yer verilmişti. Danıştay'ın iradın ödenmesi konusunda öngördüğü sistemin bu mahsuru kısmen de olsa ortadan kaldıracığı söylenebilir. Zira bu sistemde idare, herhangi bir başvuruyu beklemeksizin kişinin hayatta olup olmadığını tespit ederek ödemeyi kendiliğinden yapacaktır.

- İradın parasal değerinin muhafazası için bir yöntem benimsenmişse<sup>87</sup>, bunun da hüküm fıkrasında açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Örneğin iradın, her sene enflasyon oranında uyarlanacağı ya da asgari ücret oranında hesaplanacağı öngörülmüş ise bunun açıkça hüküm fıkrasında yer alması gerekir. Danıştay, iradın *ilgili yıldaki brüt asgari ücret* üzerinden hesaplanarak ödenmesine karar verdiğine göre<sup>88</sup>, yerel mahkemenin de, iradın brüt asgari ücret üzerinden hesaplanarak ödenmesini hüküm fıkrasına açıkça yazması, ilerleyen dönemde yeni uyuşmazlıklara neden olunmaması bakımından önem arz etmektedir.

- Tazminat olarak ödenen iradın sona ermesi için bir hal öngörülmüşse bunun hüküm fıkrasına yazılması gerekmektedir. Danıştay, bakıcı giderinden doğan ve irat şeklinde ödenmesine hükmedilen tazminatın ağır engelli kişinin hayatta olduğu tespit edildikçe ödenmesine karar vermiş<sup>89</sup> olup, ağır engelli kişinin yaşamını yitirmesi durumunda bu hükmeye göre iradın ödenmesi yeni bir karara ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden son bulacaktır. Ancak kanunda iradın sona ereceği haller açıkça düzenlenmişse<sup>90</sup> bunun hüküm fıkrasında tekrar edilmesi gerekmez. Öte yandan, destekten yoksun kalma tazminatının irat şeklinde

<sup>86</sup> "Takvim yılının başı" Ocak ayının ilk günü olduğuna göre, iradın ödeme zamanının da ilgili yılın "1 Ocak" günü olması gerekmektedir. Bu noktada, idarenin 2577 sayılı Kanununun 28'inci maddesinde öngörülen otuz günlük sürenin sonunu beklemeksizin ödeme yapması gerektiği düşünülmektedir.

<sup>87</sup> Bu konuya ilerleyen bölümde temas edilecektir.

<sup>88</sup> Danıştay 15. Dairesi, E: 2017/583, K: 2018/204, T: 22/02/2018; aynı Dairenin E: 2014/2482, K: 2018/6246, T: 18/09/2018. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

<sup>89</sup> Danıştay 15. Dairesi, E: 2017/583, K: 2018/2047, 22/02/2018; aynı Dairenin E: 2014/2482, K: 2018/6246, T: 18/09/2018. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

<sup>90</sup> Örneğin boşanmadan kaynaklı nafaka ve tazminat istemini düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 176'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında "İrat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır. " hükmüne yer verilmiş olup, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da ölümü halinde irat biçiminde hükmedilen tazminat kendiliğinden ortadan kalkacağından, hüküm fıkrasında bunun zikredilmesine gerek bulunmamaktadır.

hükmedilmesi halinde, bu tazminatın doğası gereği hak sahibi olan destekten yoksun kalan kişinin hayatta olması şart olup<sup>91</sup>, destekten yoksun kalanın ölümü halinde de hüküm fıkrasında herhangi bir açıklamaya yer verilmese de iradın son bulması gerekmektedir.

- Tazminatın irat şeklinde belirlenmesi halinde hüküm fıkrasında yer alacak olan faiz, yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin de özellik arz eden durumları bulunmakta olup, bu konuya ayrı bir başlık altında değinilecektir.

- 6098 sayılı Kanun'un 51/2 maddesine istinaden teminatın öngörülmesi durumunda, teminatın türünün, miktarının ve hangi durumlarda teminata başvurulacağına hüküm fıkrasında açıkça zikredilmesi gerekmektedir.<sup>92</sup>

### 3. İradın Zamanında Ödenmemesi Halinde Başvurulabilecek Yöntemler

2577 sayılı İYUK'un 28'inci maddesinde idari yargı merciilerince verilmiş olan kararlar doğrultusunda idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde 30 günü geçemeyeceği kurala bağlanmış; ayrıca tam yargı davaları sonucunda verilen kararların uygulanması ile ilgili özel hükümlere yer verilmiştir.<sup>93</sup> Gerçekten, konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren yatırılacak, en geç 30 günlük süre içinde ödeme yapılmaması halinde ise genel hükümler dairesinde infaz ve icrası için icra dairelerine başvurulabilecektir.

<sup>91</sup> İrat şeklinde ödenmesine hükmedilen destekten yoksun kalma tazminatının mirasçılara intikal edeceğini kabul etmenin destekten yoksun kalma tazminatının öngörülüş amacına aykırı olacağı, zira ortada tazmini gerektirecek bir ihtiyacın kalmadığı ifade edilmektedir. **Gündüz/Gündüz**, s. 249.

<sup>92</sup> **Nomer**, s. 209.

<sup>93</sup> 28. Madde: "1. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. 2. (Değişik: 2/7/2012-6352/58 md.) Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur. 3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir. 4. Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir... 6. Tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48 inci maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenir. Ancak mahkeme kararının davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez."

İrat şeklinde tazminata hükmedilmesi yolunda verilen mahkeme kararlarında her bir döneme ait iradın ödenme zamanının açıkça (ya da ödenme zamanını rahatlıkla tespit edebilecek şekilde dönemlerin) yazılması gerekmektedir. İdarenin zamanı gelmesine rağmen ilgili döneme ait iradı ödememesi halinde de yukarıda yer verilen usul uygulanarak ödenmeyen iradın genel hükümler dairesinde icra ve infazı sağlanabilecektir.<sup>94</sup> Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Mahkeme kararı verildikten sonra davacı ya da vekili tarafından idareye hesap numarası bildirildikten ve idarece bu hesaba ödeme yapıldıktan sonra, idarenin her bir iradın ödeme döneminde banka hesap numarasının bildirilmesini beklemeksizin ödemeyi yapması daha uygun olacaktır. Zira Kanunun öngördüğü bildirim yükümlülüğü davacı tarafça yerine getirilmiş olup, her defasında bildirim yenilemesi kişiler için ek külfet anlamına gelecektir.

Öğretide 2577 sayılı Kanunun 28'inci maddesinde yer alan otuz günlük sürenin mahkeme kararını uygulamak için idareye tanınmış bir süre olmadığı, idarenin gecikmeksizin kararı uygulamakla yükümlü olduğu, ancak her hal ve şartta bu sürenin otuz günü geçemeyeceği şeklinde yorumlanmaktadır.<sup>95</sup> Ancak, uygulamada idareler bu süreyi sonuna kadar kullanarak, genellikle sürenin son günü kararı uygulama yoluna gitmektedir. İrat şeklinde belirlenen tazminat kararının uygulanmasında da, ilgili dönemin iradının ödenme zamanı geldiğinde idarenin her defasında bu otuz günlük sürenin sonunu bekleme yoluna gitmeksizin derhal iradı ödemesi gerektiği düşünülmektedir. Bununla birlikte, yukarıda yer verilen Danıştay kararlarında<sup>96</sup> olduğu gibi, her bir ödeme döneminde idareye belli bazı araştırmaları yaptıktan sonra iradın idarece hesaplanarak ödenmesinin benimsendiği durumlarda idarenin bu süreden faydalanması gerekebilir. Bu ihtimalde dahi iradın en geç (kararda belirtilen ödeme zamanından başlayarak) otuz gün içinde ödenmesi gerekmektedir.

2577 sayılı Kanunun 28'inci maddesinin altıncı fıkrasında, tazminat ve vergi davalarında verilen kararın geç uygulanarak hükmedilen miktarın zamanında ödenmemesi durumuna özgü bir hüküm getirilmiş ve böyle bir durumda idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki

<sup>94</sup> Özel hukuk öğretisinde, iratları zamanında ödemeyen borçlu hakkında, hangi irat döneminde olursa olsun ödenmemiş iratların, zararı doğuran olayın gerçekleştiği tarihteki peşin sermaye değeri üzerinden ve bulunan toplama aynı tarihten itibaren faiz yürütülmek suretiyle takibe geçilebileceği, son aşamada da tazminatın tasfiye edilebileceği önerilmiştir. **Güleç (Uçakhan)**, s. 725.

<sup>95</sup> **Günday, Metin** (2000) "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu" Hukuk Kurultayı 2000-1, 11-16 Ocak 2000, Ankara Barosu Yayını, s. 354; **Güneş, Felemez** (2016) "İYUK Madde 28/4 Değişikliği: Yargı Kararlarının İdare Tarafından Uygulanmaması ve Çözüm Önerileri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2016, Y:7 S:28, Ankara, s. 106-107.

<sup>96</sup> Danıştay 15. Dairesi E: 2017/583, K: 2018/2047, T: 22/02/2018; aynı Dairenin E: 2014/2482, K: 2018/6246, T: 18/09/2018. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48 inci maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faizin ödeneceği kurala bağlanmıştır. Kanımızca bu hükmün, iradın idarece zamanında ödenmemesi halinde de uygulanma imkânı bulunmaktadır. Buna göre, iradın ödenmesi için mahkemece hükmedilen zamanda ödenmemesi durumunda, belirlenen zaman ile iradın ödeme tarihi arasında geçen süre için idarece 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48 inci maddesine göre belirlenen tecil faizi hesaplanarak ödemenin yapılması gerekmektedir.

#### 4. Faiz

Tam yargı davalarında karara bağlanan tazminatın fer'isi niteliğindeki faize davacı tarafından talep edilmesi halinde<sup>97</sup> (yasal faiz oranında) hükmedilmektedir. İrat şeklinde tazminata hükmedilmesi halinde faizle ilgili ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. İşleyen döneme yönelik sermaye şeklinde hükmedilen tazminatta özellik arz eden bir durum bulunmamaktadır. Ancak işleyecek ve geleceğe yönelik irat şeklinde tazminata hükmedilmesine ilişkin kısım bakımından faiz meselesi üzerinde durulmalıdır. Gerçekten, bu yöntemde iradın son bulması belirli dönemler halinde uzun yıllara varan bir süreci bulabilmekte, böylece herhangi bir döneme yönelik iradın ödenmesi olaydan ve hatta davada verilen karardan çok uzun yıllar sonraki bir döneme rastlayabilmektedir. İşte, bu halde iradın yasal faiz hesaplanmak suretiyle ödenmesine hükmedilmesi durumunda (bu arada hesaplama için başlangıç tarihi olarak olay/idareye başvuru/dava tarihi belirlendiğinde) faizin çok yüksek meblağları bulabileceği, bunun da davacının zararını karşılamaktan öte, idare aleyhine sebepsiz zenginleşme teşkil edebileceği düşünülmektedir. Bu nedenlerle, irat şeklinde karara bağlanan tazminat bakımından faize hükmedilmemesi yolu benimsenebilir. Şüphesiz, idarenin iradı geç ödemesi durumunda (yukarıda da bahsedildiği gibi) tecil faizi hesaplanacaktır. Nitekim Danıştay, bakıcı giderinden doğan tazminat davalarında, sermaye şeklinde ödenmesine hükmedilen tazminat kısmı bakımından faiz uygulanmasına karar vermişken, bunun aksine irat şeklinde belirlenen kısım bakımından ise faiz uygulanmaması yönünde karar vermiştir.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> Çağlayan, s. 823.

<sup>98</sup> Danıştay 15. Dairesi, E: 2017/583, K: 2018/2047, 22/02/2018; aynı Dairenin E: 2014/2482, K: 2018/6246, T: 18/09/2018. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

## 5. Yargılama Gideri ve Özellikle Vekâlet Ücreti

İrat şeklinde tazminata hükmedilmesi durumunda yargılama giderinin hangi tarafa yükleneceği noktasında herhangi bir özellikli durum bulunmamaktadır. Tam yargı davalarında verilen diğer kararlarda olduğu gibi bu tür kararlarda da yargılama gideri haksız çıkan taraftan alınacak ve davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, yargılama giderleri tarafların haklılık oranına göre paylaşılacaktır.<sup>99</sup> Bununla birlikte yargılama giderlerinden nispi karar harcı ile vekâlet ücreti hususu üzerinde durmak gerekmektedir.

492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli 1 Sayılı Tarifede konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden nispi olarak karar ve ilam harcının alınacağı hüküm altına alınmış; bunun dışında kalan davalarda ise maktu karar ve ilam harcı alınacağı kurala bağlanmıştır. Tazminatın irat şeklinde belirlenmesi durumunda harcın nasıl hesaplanacağına dair bir hükme ise yer verilmemiştir. Bununla birlikte aynı Tarifede nafaka verilmesine dair hükümlerde bir senelik nafaka bedeli üzerinden nispi karar ve ilam harcı alınacağı düzenlenmiştir. Bu hükümlerden hareketle, irat şeklinde tazminata hükmedilmesi durumunda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir: Şayet mahkeme tarafından iradın miktarı belirtilmeyip, zamanı geldiğinde idarece hesaplanarak ödenmesine karar verilmişse, böyle bir durumda herhangi bir miktara hükmedilmediğinden (bu kısma ilişkin olarak)<sup>100</sup> maktu karar ve ilam harcına hükmedilmesinin daha doğru olacağı düşünülmektedir. Buna karşılık, iradın mahkemece hesaplanarak ve dönemleri (aylık, yıllık vs.) de belirlenmek suretiyle ödenmesine hükmedilmesi durumunda ise, nafakaya ilişkin davalarda olduğu gibi bir periyodun (duruma göre yıllık ya da aylık olacaktır) karşılığı olan iradın miktarı üzerinden hesaplanacak nispi karar ve ilam harcının alınması gerektiği söylenebilir.<sup>101102</sup>

<sup>99</sup> 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesinin yollamada bulunduğu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326'ncı maddesi: "(1) Kanunda yazılı hâller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir. (2) Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşır."

<sup>100</sup> Aynı kararda, geçmişe dönük olarak bakıcı giderine veya bir başka maddi tazminata yahut manevi tazminata hükmedilmesi durumunda ise bu miktar üzerinden nispi karar ve ilam harcı alınacaktır.

<sup>101</sup> Her durumda, Anayasanın 73/3'üncü maddesinde emredici şekilde düzenlenen "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." hükmüne istinaden kanunda açıkça hüküm altına alındığından daha fazla bir miktar harca kıyasen hükmedilmesinden kaçınılmalıdır.

<sup>102</sup> 100 nolu dipnotta yapılan açıklamalar bu kısım açısından da geçerli olup, hükümde aynı zamanda sermaye şeklinde bir tazminata hükmedildiği bir kısım var ise, hükmedilecek karar ve ilam harcının bu tazminat



İrat şeklinde tazminat belirlenmesi durumunda vekâlet ücretinin nasıl hükmedileceği de önem arz etmektedir. Danıştay, irat şeklinde tazminata hükmettiği kararlarda vekâlet ücreti bakımından ikili bir ayırım yapmıştır: Buna göre, olay tarihi ile mahkemece verilecek karar tarihi arasında geçen süre için sermaye şeklinde hükmedilecek bakıcı gideri tazminat tutarına yönelik kısım açısından nisbi vekâlet ücretine hükmedilmesi; mahkemece verilecek karar tarihinden sonraki dönemler için yapılacak olan ve irat şeklinde ödenmesine hükmedilen bakıcı gideri tazminatına yönelik kısım açısından ise maktu vekâlet ücretine hükmedilmesi usulü benimsenmiştir.

## B. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ BAKIMINDAN ÖZELLİKLİ DURUMLAR

### 1. İradın (Tazminatın) Miktarının Belirlenmesi

Tazminatın irat şeklinde belirlenmesi durumunda mahkeme, öncelikle iradın zarar görene ödenme dönemlerini tespit edecek, ardından her bir ödeme döneminde hangi miktarda iradın ödeneceğine hükmedecektir. Tazminat, kişinin uğradığı zararın karşılığı olduğuna göre, zararın miktarının tespit edilmesi gerekmektedir. Bazı zarar unsurları bakımından, miktarın tespiti kolayca mümkün olmayıp, birtakım teknik hesaplamaları gerektirmektedir.<sup>103</sup> Bu nedenle uygulamada mahkemeler, özellikle işgücü kaybından, destekten yoksun kalmadan ve bakıcı gideri/bakım ücretinden doğan zarar miktarının tayin ve tespitinde bilirkişiden faydalanmaktadır.<sup>104</sup> Bu tür zarar unsurlarından doğan tazminat davalarında sermaye şeklinde tazminata hükmedilmesi yerleşik uygulama olduğundan, belli kriterler üzerinden topluca tazminatın belirlenmesi ve bu miktar üzerinden peşin sermaye indirimi ve olay nedeniyle elde edilen yararlar için indirim yapıldıktan sonra ödenecek tazminatın tespit edilmesine yönelik yöntem ve kurallar bakımından da uygulama hemen hemen yerleşmiştir. Ancak, tazminatın irat şeklinde hükmedilmesi durumunda nasıl bir hesaplama yapılarak ödenecek iradın tespit edileceği hususunda yerleşik bir uygulama bulunmamaktadır. Bununla birlikte, anılan tazminat unsurları bakımından tazminata irat şeklinde hükmedilmesi halinde, iradın miktarının tespiti için, bu tazminatların sermaye şeklinde hükmedildiği zaman yapılan hesaplama

miktarı üzerinden nispi olarak alınmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir.

<sup>103</sup> Zabunoğlu, s. 446.

<sup>104</sup> Güran, s. 162.

sırasında izlenen yöntem ve kurullarla tazminatın bu kez belirli dönemlerle irat halinde belirlenmesi ve topluca ve peşin ödeme yapılmadığı için de sermaye şeklinde tazminat uygulamasında yerleşik olan peşin sermaye indirimi<sup>105</sup> yapılmaması yolunda bir uygulamanın seçilebileceği düşünülmektedir. Netice itibarıyla destekten yoksun kalma tazminatında, destek ölmeseydi destek olduğu kişi ya da kişilere yapacağı (aylık, yıllık) yardım miktarı<sup>106</sup>; bedensel zararlardan (özellikle işgücü kaybından doğan) tazminatta kişinin bedensel zarara uğraması sebebiyle (aylık, yıllık) gelirinde meydana gelen azalma miktarı; şayet kişinin bakıma muhtaç olacak seviyede ağır engelli hale gelmesi durumunda ise anılan dönemlerde engellinin bakımı için yapılacak masraflar iradın miktarını teşkil edecektir.<sup>107</sup>

Danıştay, bakıcı giderinden doğan tazminat isteminde iradın hangi esaslar üzerinden belirleneceğini açıkça hüküm altına alarak, bakıcı giderinden doğan tazminatın yıllık irat şeklinde ve ilgili yıldaki brüt asgari ücret üzerinden hesaplanacağına karar vermiştir.<sup>108</sup>

## 2. Manevi Tazminata İrat Şeklinde Hükmedilmesi

Manevi tazminat, kişinin kişilik haklarında meydana gelen eksilmenin, duyduğu acı, elem, ızdırap gibi manevi zararının telafi edilmesi yoludur. Manevi tazminat, esasında bir tatmin aracı olup, manevi zararın başka yollarla giderilememesi nedeniyle yargı mercileri tarafından parasal olarak belirlenmektedir. Manevi tazminat ile, kişiye bir miktar para ödemesi yapılarak, kişilik haklarında meydana gelen ve çektiği acı, elem, ızdırap duygularının azalması, kısmen de olsa tatmin olması sağlanmaktadır.<sup>109</sup>

Manevi tazminat, maddi tazminatın aksine bir tazmin aracı olmaktan ziyade manevi tatmin aracı olduğundan bu tazminatın irat şeklinde hükmedilemeyeceği düşünülmektedir. Öncelikle, irat şeklinde hükmedilmesi

<sup>105</sup> Peşin sermaye indirimi olarak adlandırılan bu indirimde, zarar görenin tazminatın tamamına bir seferde ve peşin olarak ulaşması ve bu sermayenin ilerleyen süreçte değerlendirilecek olması nedeniyle gerçek zarardan daha yüksek bir meblağa ulaşacağı düşüncesinden hareketle, tazminatın hesaplanması sırasında bulunan miktardan yapılacak belli oranda indirimdir. **Nomer**, s. 205; **Gürsoy**, s. 179; **Karahasan** (2001), s. 342, **Oğuzman/Öz**, s. 111.

<sup>106</sup> **Karahasan** (2001), s. 341.

<sup>107</sup> **Nomer**, s. 204.

<sup>108</sup> Danıştay 15. Dairesi, E: 2015/4914, K: 2016/3966, T: 02/06/2016; aynı Dairenin E: 2017/583, K: 2018/2047, T: 22/02/2018; aynı Dairenin E: 2014/2482, K: 2018/6246, T: 18/09/2018. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

<sup>109</sup> **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (1984) "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", Ankara Barosu Dergisi, Y: 1984, S:1, s. 21.

**Akyılmaz**, s.174; **Eroğlu Durkal, Müzeyyen** (2017) "Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat", TBB Dergisi, Y: 2017, S: 131, s. 182.

durumunda manevi zarara uğramış kişilerin iradın her ödenme zamanında psikolojik olarak tekrar yıpranma ihtimali yüksek olacaktır. Ayrıca, aslolan manevi olarak acı, elem, ızdırap çekmiş ve ruhsal çöküntüye uğramış kişinin belli bir miktar paranın ödenmesine hükmedilerek tatmin edilmesi olduğuna göre, tazminatın miktarının bu tatmini sağlayacak düzeyde olması gerektiğinden, manevi tazminatın sermaye şeklinde belirlenmesi daha uygun olacaktır.<sup>110</sup>

Nitekim kıyasen uygulanması mümkün bulunan ve boşanma sebebiyle istenen tazminatı ve nafakayı düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 176'ncı maddesinde *manevî tazminatın irat biçiminde ödenmesine karar verilemeyeceği* açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır.

### 3. Tazminattan İndirim Yapılması Meselesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesinde bazı şartlarda tazminattan indirim yapılabileceği hüküm altına alınmış<sup>111</sup> olup, bunun yanında öğreti ve uygulamada da bazı hallerde tazminattan indirim yoluna gidilmektedir.<sup>112</sup> Bu konuda 6098 sayılı TBK'nın 55'inci maddesi ise sınırlayıcı bir hükmü düzenlemiştir: "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. *Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.*"<sup>113</sup> Kanun hükmünde, hesaplanan tazminatın miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılıp azaltılamayacağı açıkça düzenlenerek, uygulamada hesaplanan tazminatın miktar itibariyle çokluğundan bahisle yapılmakta olan hakkaniyet indirimini yasaklamıştır.<sup>114</sup>

<sup>110</sup> Şahin, s. 150.

<sup>111</sup> Madde 52: "*Zarar gören, zararı doğuran file razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hakim, tazminatı indirebilir.*"

<sup>112</sup> Güran, s. 165.

<sup>113</sup> Maddenin ikinci fıkrasında ise "*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.*" hükmü kurala bağlandığından, tazminattan indirim meselesi hakkında bu Kanunun öngördüğü hükümler uygulanacaktır.

<sup>114</sup> Madde gerekçesinde "*Bu Maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen artırma veya azaltma yasağı, sorumluluk hukukunun öngördüğü hesaplama yöntemiyle ortaya çıkan miktarla ilgilidir. Başka deyimle yöntemine göre belirlenen tazminatın çok az çıkması halinde artırılması, çok yüksek çıkması halinde azaltılması, hakimin bu yolla belirlenen miktara müdahale yetkisinin bulunmadığı vurgulanmaktadır... Düzenleme ile amaçlanan husus, yöntemince belirlenen tazminatın miktarı esas alınarak, azlığı yahut çokluğuna dayalı bir takdir hakkının bulunmadığı hususudur. Önergenin gerekçesinde vurgulandığı üzere yasa, yüksek bir miktar içermesi halinde tazminattan indirimi, borçluyu aşırı ekonomik zorluğa düşürmüş olması ile sınırlamıştır. Bu halde dahi borçlunun kusurunun hafif olması ve hakkaniyetin indirimi gerekli*

Uygulamada, tam yargı davalarında tazminattan hakkaniyet düşüncesi ile ya da Türk Borçlar Kanunu'nun öngördüğü indirim kurallarının dışında bir başka sebeple indirime gidilmesi yolunda kararlara çok sık rastlanmamakla birlikte<sup>115</sup>, sınırlı da olsa bazı davalarda "hakkaniyet düşüncesi ile" tazminattan indirime gidildiği gözlenmektedir.<sup>116</sup>

Tazminattan indirim meselesi hakkında genel bilgiler verildikten sonra, acaba irat şeklinde tazminattan (şartların oluşması nedeniyle) indirim yapılmasına karar verildiğinde uygulama nasıl yapılacaktır? Hemen ifade etmek gerekirse, geçmişe yönelik (işlemiş dönem) zararının tazmini sermaye şeklinde hükmedileceğinden, hesaplanan toplam miktardan indirim oranı düşüldükten sonra kalan miktar tazminat olarak belirlenecek olup, bu kısım yönünden herhangi bir özellikli durum meydana gelmeyecektir.

Ancak, irat şeklinde ödenmesine hükmedilen ve geleceğe (işleyecek döneme) yönelik tazminattan indirim yapılmasına karar verilmesi halinde, bunun uygulanmasının özellik arz ettiği söylenebilir. Mahkemenin tazminatı gelecek dönemler yönünden de miktar itibarıyla hesaplayarak hükmettiği hallerde, indirimin de bu miktar üzerinden yapılması gerekmektedir. Danıştay, bakıcı giderinden belli oranda indirim yapılması gerektiğine karar verdiği bir kararında, indirimin bu yöntemle yapılması gerektiğine hükmetmiştir: "*Bunun yanında dava konusu olayda, davacının maruz kaldığı özürlü durumuna binaen bakımını üstlenen annesine davacının bakım hizmetinin devamı süresince aylık bağlanmış olması, yine bakıma muhtaç davacının bakımı için her koşulda kendi gelirlerinden bir miktar pay ayırması gerekeceği ve bu konuda aile içi dayanışma kapsamında diğer aile fertlerinin yardımından da doğal olarak yararlanacağı hususları gözetildiğinde, hesaplanacak bakıcı giderine ilişkin tazminattan hakkaniyet gereği %50 oranında indirim yapılarak hüküm kurulması hukuka uygun olacaktır. Bu durumda gerek olay tarihi olan 02.01.2009 ile davacının evde bakımı nedeniyle annesine aylık bağlandığı 01.07.2010 tarihleri arasındaki dönem, gerekse 01.07.2010 tarihinden*

kılması kurucu unsurdur..." Gereke için bkz. Türk Borçlar Kanunu (2012) (Hazırlayan: **Mutlu DİNÇ**), Ankara, Seçkin, s. 106.

<sup>115</sup> %100 engelli hale gelen çocuğa aile içinde bakılacağından hareketle bilirkişi tarafından hesaplanan bakıcı giderinden taktiren %25 oranında indirim yapan yerel mahkeme kararını Danıştay, davacı küçüğün salt aile birliği içinde bakılacağından bahisle bir miktar taktiri indirim yapılmasında da hakkaniyete uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle bozmuştur. Danıştay 15. Dairesi, E:2016/6478, K:2017/1130, T: 13/03/2017. Öte yandan Danıştay, engelli aylığı ve evde bakım ücreti ödemelerinin zarardan indirilmesi durumunda bu durumun kusurlu sorumluluğu bulunan davalı idarenin ödüllendirilmesi anlamına geleceği kanaatiyle, engelli aylığı ve evde bakım ücretinin ortaya çıkan maddi zarardan indirilmesine olanak bulunmadığına karar vermiştir. Danıştay 15. Dairesi, E: 2015/7589, K: 2016/2661, T: 18/04/2016. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 07/11/2018.

<sup>116</sup> Danıştay 15. Dairesi, E: 2016/10346, K: 2017/4239, T: 22/06/2017. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

*sonraki dönem bakımından, yukarıda belirtilen kriterler dikkate alınarak bakıcı giderlerine ilişkin tazminatın yeniden dönemsel olarak hesaplatılması, belirlenen tazminat miktarından ise yukarıda izah edildiği üzere %50 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak hüküm kurulması gerekmektedir.*"<sup>117</sup>

Mahkemece iradın miktar olarak belirtilmeyip, yukarıda örneği verildiği üzere, enflasyon oranı ya da asgari ücret gibi belli endekslere bağlandığı ve idarece iradın her ödeme döneminde bu endekslere göre hesaplanarak ödenmesine karar verildiği durumlarda<sup>118</sup> ise, kararda, idarece hesabın yapıldığı esnada indirimin nasıl ve hangi oranda yapılacağına açıkça yer verilmesi, ilerleyen süreçte yeni uyuşmazlıklara sebep olunmaması bakımından önem arz etmektedir.

#### 4. Hükmedilen İradın Zamanla Değerini Kaybetme İhtimali

İrat şeklinde tazminat belirlenmesi yönteminde en büyük risk, parada meydana gelen değişimler nedeniyle belirlenen iradın değerini kaybederek sembolik ve gülünç<sup>119</sup> bir miktar haline gelme ihtimalidir.<sup>120</sup> Tam yargı davalarında tazminat hesabı, bilirkişiden de faydalanarak belli ölçütler dâhilinde ve para olarak yapılmaktadır. Ancak paranın bu hesap tarihindeki değeri ile örneğin beş yıl sonraki değeri aynı olmayabilir. Ülke ekonomisinde yaşanabilecek devalüasyon gibi ani ya da enflasyon<sup>121</sup> gibi zamana yayılan değişimler sonucunda paranın değerini yitirmesi durumunda nasıl bir yöntem izlenmelidir.<sup>122</sup> İyimaya'nın ifade ettiği şekliyle "*Hüküm gününde bir kat elbise alabilecek bir iradın sözgelimi beş yıl sonra ancak bir kilo fasülye alabilmesi gerçeği nasıl bir çözüme bağlanacaktır.*"<sup>123</sup> Hiç şüphesiz böyle bir durumda zarar gören kişinin uğradığı zararının tam olarak karşılandığından söz edilemeyecektir.<sup>124</sup>

Bu riskin bertaraf edilebilmesi için çeşitli çözüm önerileri getirilmektedir:

a. Endekslleme: Gözler, Fransız Danıştayının vermiş olduğu bir kararı da örnek göstermek suretiyle irat şeklinde hükmedilen tazminatın çeşitli endekslere bağlanabileceği, endekste yükselme oldukça iratta da yükselme

<sup>117</sup> Danıştay 15. Dairesi, E: 2016/10346, K: 2017/4239, T: 22/06/2017. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

<sup>118</sup> Danıştay 15. Dairesi, E: 2017/583, K: 2018/2047, T: 22/02/2018; aynı Daire E: 2014/2482, K: 2018/6246, T: 18/09/2018. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

<sup>119</sup> Gürsoy, s. 178.

<sup>120</sup> Tekinay, s. 471; Güran, s. 168.

<sup>121</sup> Enflasyon olgusunun tazmin borcu üzerindeki etkileri ve çözüm önerisi için bkz. Ünlüçay, s. 3-10.

<sup>122</sup> Tekinay, Kanunun, tazminatın türünü ve kapsamını belirleme konusunda hakime geniş takdir yetkisi verdiğinden hareketle, hakkaniyetin gerektirdiği özel tedbirleri almak hususunda hakimin bu yetkilerden yararlanmaması için sebebin bulunmadığı görüşündedir. Tekinay, s. 471.

<sup>123</sup> İyimaya, s. 380.

<sup>124</sup> Akyılmaz, s. 166; Ünlüçay, s. 9.

olacağından, böylece iradın değerinin korunmuş olacağını ileri sürmektedir.<sup>125</sup> Örnek olarak, tazminatın her yıl devletin ilgili kuruluşu tarafından belirlenen enflasyon oranında artırılması, memur maaşlarına uygulanan katsayı ya da asgari ücrete bağlanarak değerinin korunması gösterilebilir.<sup>126</sup> Nitekim Danıştay, iradın değerinin korunması adına tazminatın her bir ödeme yılında ilgili yılın brüt asgari ücreti üzerinden hesaplanmasına karar vermiştir.<sup>127</sup> Öte yandan, iradın altın fiyatlarına endekslenmesi suretiyle, altın fiyatlarında yaşanan değişimin de iradın parasal değerine yansıtılarak iradın değersizleşme riskinin bertaraf edilebileceği ileri sürülmektedir.<sup>128</sup>

**b. Değişiklik Davası:** Hukukumuzda, kural olarak kesin hüküm halini almış yargısal kararlar değiştirilemez. Kanunda kesin hükmün tanımı yapılmamış olup, bir mahkeme kararının kesin hüküm haline gelebilmesinin şartları ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303'üncü maddesinde kurala bağlanmıştır. Buna göre "*Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş<sup>129</sup> olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.*" Belirtilen bu şartların gerçekleşmesi halinde, tarafları ile dava konusu aynı olan bir davanın aynı dava sebebine dayanılarak tekrar açılmayacağı açık olup<sup>130</sup>, açılırsa mahkemenin kesin hüküm nedeniyle esasa girmeksizin davayı reddetmesi gerekmektedir.<sup>131</sup> Kural bu olmakla birlikte, kesin hükmün iki halde sona erebileceği ve tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davanın tekrar açılabilmesi, bu iki halden birinin yargılamanın yenilenmesi yolu, diğerinin de değişiklik davası<sup>132</sup> yolu olduğu

<sup>125</sup> **Gözler**, s. 1400; Aynı yönde **Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel** (2018) İdare Hukukuna Giriş, 24. Baskı, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, s. 372; Benzer yönde **Çağlayan** (2007), s. 243; Güran da, iradın belli katsayılara bağlanmasının tazminatın değerinin sürekli olarak korunmasını sağlayacak bir yöntem olabileceğine işaret etmiştir. **Güran**, s. 168-169; Buna karşılık **Güleç (Uçakhan)**, iradın her yıl belli bir esasa göre artırılması yönteminde tazminat yükümlüsü için bu durumun çekilmez bir hale dönüşeceğini savunmuştur. **Güleç (Uçakhan)**, s. 435.

<sup>126</sup> **Gözler** (2009), s. 1401. Aynı yönde bir diğer görüş için bkz. **İyimaya**, s. 40.

<sup>127</sup> "*Mahkemece verilecek karar tarihinden sonraki dönemler için yapılacak bakıcı gideri tazminatına ilişkin ödemelerin, davalı idarece re'sen ağır engelli kişinin yaşadığı tespit edilmek ve ilgili yıldaki brüt asgari ücret üzerinden hesaplanmak suretiyle her takvim yılının başında peşin olarak yapılmasına karar verilmesi ... gerekmektedir.*" Danıştay 15. Dairesi, E: 2014/2482, K: 2018/6246, T: 18/09/2018. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23/10/2018.

<sup>128</sup> **Tekinay**, s. 471; **İyimaya**, s. 39.

<sup>129</sup> Şekli anlamda kesin hüküm, mahkeme kararına karşı artık olağan kanun yollarının kalmaması olarak tarif edilebilir. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 716.

<sup>130</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 718.

<sup>131</sup> **Çağlayan, Ramazan** (1999) "İdari Yargıda Kesin Hüküm", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi C: III, S: 1, s.317; **Sezer/Bulut**, s. 236.

<sup>132</sup> Öğretide değişiklik davası şöyle tarif edilmiştir: "*Bazı hallerde, hüküm verildikten sonra, hükmün verildiği sırada ona esas teşkil etmiş olan şartlar değişebilir. Bu değişiklik, önceki şartlara verilmiş olan hükmün de*

belirtilmiştir.<sup>133</sup> Değişiklik davasının, ancak kanunun açıkça öngördüğü durumlarda açılabilmesi kabul edilmektedir.<sup>134</sup> Örneğin boşanma sebebiyle istenen maddi tazminatın ve nafakanın ödenme biçimini hükme bağlayan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 176'ncı maddesinde "*Maddî tazminat ve yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebilir. Manevî tazminatın irat biçiminde ödenmesine karar verilemez. İrat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır. Tarafların malî durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde iradın artırılması veya azaltılmasına karar verilebilir. Hâkim, istem hâlinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat veya nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.*" irat biçiminde ödenen tazminat ve nafakanın "tarafların mali durumlarının değişmesi" ya da "hakkaniyetin gerektirdiği" hallerinde artırmak ya da azaltmak suretiyle değiştirilebileceğini açıkça düzenlemiştir. Keza, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Tazminat hükmünün değiştirilmesi" başlıklı 75'inci maddesinde "Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir." hükmü kurala bağlanarak, bedensel zararın kapsamının hüküm tarihi itibarıyla tam olarak belirlenemediği hallerle sınırlı olmak üzere tazminat hükmünün değiştirilebileceği düzenlenmiştir.<sup>135</sup>

Öğretide, değişiklik davası imkânının kanunda özel olarak düzenlenmesi durumunda kullanılabilmesi, irat şeklinde tazminatın da kanunda özel olarak düzenlendiği, bu özel düzenlemenin değişiklik davası imkânını da içerdiğinden hareketle, irat şeklinde belirlenen tazminatta iradın para değerindeki değişmeye uyarlanmasının değişiklik davası yoluyla sağlanabileceği ileri sürülmüştür.<sup>136</sup>

---

*değişmesini zorunlu kılabilir. İşte bu gibi hallerde, maddi anlamda kesin hüküm gücünü kazanmış olan bir hüküm, tekrar gözden geçirilebilmekte ve hükmün yeni şartlara göre değiştirilebilmesi sağlanabilmektedir. Buna değişiklik davası denir." Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 738.*

<sup>133</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 738.

<sup>134</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 738.

<sup>135</sup> Gürsoy, bedensel zararlar için öngörülen bu hükmün destek yoksun kalma tazminatı bakımından da geçerli olması gerektiğini, özellikle irat şeklinde hükmedilen destekten yoksun kalma tazminatı bakımından (açık bir hüküm bulunmamasına rağmen) ilerde meydana gelebilecek gelişmeler nedeniyle hakime kararını değiştirme imkanı verilmesinin daha uygun olacağı görüşündedir. Gürsoy, s. 144.

<sup>136</sup> Güran, s.169; İyimaya, s. 41-42. Bununla birlikte İyimaya, değişen her koşulda (örneğin tazminata esas

Ancak aksi yönde diğer bir görüşe göre ise, kesin hüküm ilkesi uyarınca kesinleşen mahkeme kararlarının bağlayıcı olduğu ve değiştirilemeyeceği, aynı konuda ikinci bir dava açılmayacağı<sup>137</sup> belirtilerek mahkemenin hükmettiği irat şeklindeki tazminatın artırılması istemiyle ikinci bir dava açma imkânının bulunmadığı, diğer bir ifadeyle, iradın ekonomik değerini kaybetmesi halinde ikinci bir dava ile iradın güncelleştirilmesinin talep edilemeyeceği ileri sürülmektedir.<sup>138</sup> Danıştay da açılacak ikinci bir dava ile tazminatın artırılmayacağına karar vermiştir.<sup>139</sup> Bununla birlikte, eski tarihli bir kararında AYİM, açılan ikinci bir davada tazminatın artırılmasına hükmettiği gibi irat şeklinde hükmedilen tazminatı sermaye şeklinde tazminata dönüştürmüştür.<sup>140</sup>

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yargılamanın yenilenmesi müessesesi dışında, kesin hüküm halini almış mahkeme kararının değiştirilmesi gibi bir imkâna yer verilmemiştir. Kanunun 31'inci maddesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılan hususlar arasında yer almayıp, esasen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da açık bir hüküm bulunmadığından, kesin hüküm halini almış ve 2577 sayılı Kanunun 28'inci maddesi uyarınca

---

gelirdeki artış-azalış gibi) iradın değiştirilmesi için değişiklik davası açılmayacağı, bu koşulların kesin hüküm kuralından faydalanacağı, değişiklik davasının yalnızca iradın ekonomik değerindeki değişime uyarlanması için söz konusu olabileceğini vurgulamıştır. **İyimaya**, s. 42; Bir diğer görüşe göre, irat şeklinde tazminata hükmedilen hüküm fıkrasında koşulların değişmesi halinde tazminat miktarının yeniden belirlenebileceği hususuna yer verilmesi ya da tazminatın mahkemenin belirleyeceği belirli dönemlerde yeniden gözden geçirileceğine ilişkin hükme yer verilmesi halinde ikinci bir dava açılabilirliği ileri sürülmüştür. **Yumuk, Hamit** (2005) "İdari Yargıda Tazminat Davası" (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 246; Öte yandan, Eren, Alman Hukukunda zarar görenin, lehine irat şeklinde tazminata hükmedilmiş ve kesinleşmiş olsa dahi, önemli bir sebebin bulunması halinde tazminatın sermaye şeklinde tazminata çevrilmesini talep etme imkânının bulunduğunu not etmektedir. **Eren** (1972), s. 169.

<sup>137</sup> **Güleç (Uçakhan)**, s. 435.

<sup>138</sup> **Gözler** (2009), s. 1401; Bir diğer görüşe göre de, hukukumuzda iradın değişen şartlara uyarlanması imkânının bulunmadığı savunulmaktadır. **Nomer**, s. 211.

<sup>139</sup> "Dava; gözlerini kaybetmesi nedeniyle uğradığı zararı karşılamak üzere davacıya Danıştay 12. dairesince 4.4. 1972 gün ve E: 1970/ 2007, K: 1972 / 1037 sayılı kararına göre verilen yıllık 12.000 lira şeklindeki maddi tazminat miktarının yıllık 60.000 liraya çıkarılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin bakanlık işleminin istemiyle açılmıştır. Karardan sonraki olumsuz ekonomik olguların, özellikle yıllık irat biçimindeki ödemelere etkileri olabilir. Ancak hal geleceğe yönelik bir değerlendirmeye dayalı karardaki tazminat ve yıllık irat tutarının yeni bir dava üzerine değiştirilmesini ve davacıya farklı bir ödeme yapılmasını gerektirmez. Kesin hüküm ilkesi ve karara hâkim olan bu espri içinde davalı idarenin yıllık irat tutarını arttırmaması yolundaki işlemlerde hukuka aykırılık görülmemiştir" Danıştay 12. Dairesi, E: 1977/241, K: 1978/1212, T: 15/05/1978. Aktaran: **Gözler** (2009), s. 1401.

<sup>140</sup> AYİM bu kararında, kesin hüküm, taleple bağıllık gibi usul ilkelerini öğretilen yer verilen görüşleri de dikkate alarak tartışmış, irat şeklinde tazminata hükmedilmesinin yarar ve sakıncalarına değinmiş, özellikle olayda hükmedilen iradın zamanla değerini yitirdiğini vurguladıktan sonra Anayasada yer alan "İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." temel ilkesi doğrultusunda idarenin zararını tam olarak tazmin etmesi gerektiğini belirterek biraz önce anılan usul ilkelerini de aşmak suretiyle kararını gerekçelendirmiştir. AYİM 2. Dairesi E: 1991/74, K: 1992/913, T: 20/12/1992. (Kararın tam metnini), aktaran: **Armağan, Tuncay** (1997) İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara, Seçkin, s. 322-331. Bu kararın kesin hüküm ilkesini ihlal ettiği yolundaki eleştirisi için bkz. **Gözler** (2009), s. 1401-1402.



bağlayıcı ve uygulanması gerekli mahkeme kararının değişiklik davası yoluyla değiştirilemeyeceği düşünülmektedir. Bu durum, iptal davaları sonucunda verilen mahkeme kararlarında olduğu gibi, konumuzu teşkil eden tam yargı davaları sonucunda verilen kararlar bakımından da geçerli olacaktır.

### 5. Teminat (Türk Borçlar Kanunu md. 51/2)

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 51/2'nci maddesinde "Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür." hükmü kurala bağlanmış olup, mahkemece irat biçiminde tazminata hükmedilmesi halinde bir miktar teminatın da belirlenmesi hükmün gereğidir.<sup>141</sup> Teminat (güvence), tazminat borçlusunun ilerde borç ödemekten aciz hale düşmesi gibi durumlar nedeniyle zarar gören kişinin alacağını elde etmesinin tehlikeye düşmesi ihtimalinin sebep olacağı mahsurlardan korumak amacıyla taşımaktadır.<sup>142</sup> Teminatın (güvencenin) ne tür unsurlardan oluşacağı konusunda sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığından, bir miktar paranın bankada depo edilmesi, banka teminat mektubu temini gibi yollar seçilebileceği gibi ipotek<sup>143</sup>, taşınır rehni gibi yolların da seçilebileceği düşünülmektedir.<sup>144</sup> Teminatın miktarı konusunda Kanunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, hükmedilecek iradın toplam sermaye değerine eş bir miktarın teminat olarak belirlenmesi<sup>145</sup> amaca uygun düşecektir. Önemli olan husus, zarar görenin tazminat alacağını koruyacak miktarda bir teminatın sağlanmasıdır.

Tam yargı davalarında tazminat yükümlüsü konumunda olan taraf davalı idareler olduğuna göre, acaba irat şeklinde tazminata hükmedilmesi halinde Devlet ya da diğer kamu tüzel kişilerinden teminat istenebilir mi? Kanunda Devlet ya da diğer kamu tüzel kişilerini teminat göstermekten muaf kılan herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle idarelerin de teminat göstermesine karar verilebilir. Ancak öğretilerde kamu kuruluşlarından iradı ya da sermaye şeklinde tazminata döndürülmüş tazminatı tahsil edilememe gibi bir durum söz konusu olmayacağından, idarelerden teminat istenemeyeceği görüşü savunulmaktadır.<sup>146</sup> Bir diğer görüşe göre ise, tazminat yükümlüsünün kamu kuruluşu olması halinde teminat gösterme şartından vazgeçilebilecekken<sup>147</sup>, bununla birlikte özel hukuk hükümlerine tabi kamu kuruluşlarının ise teminat göstermesi gerekmektedir.<sup>148</sup>

<sup>141</sup> Çalı, s. 38.

<sup>142</sup> Tekinay, s. 470; Nomer, s. 208; Oğuzman/Öz, s. 111.

<sup>143</sup> İyimaya, s. 36.

<sup>144</sup> Tekinay, s. 470; Nomer, s. 209; Karahasan (2001), s. 342.

<sup>145</sup> Nomer, s. 209.

<sup>146</sup> İyimaya, s. 36-37.

<sup>147</sup> Tekinay, s. 470.

<sup>148</sup> Nomer, s. 209.

Danıştay, irat şeklinde tazminata hükmedilmesi yolunda vermiş olduğu kararlarda idareyi teminat göstermekle yükümlü tutmamıştır.<sup>149</sup> Yargıtay ise, yasa koyucunun idareleri teminattan bağışık tuttuğu durumları açıkça düzenlediğinden hareketle idarelerin de teminat göstermekle yükümlü olduğuna karar vermiştir.<sup>150</sup>

## SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu'nda tazminatın ödenme şeklini belirlemenin hâkimin yetkisi dâhilinde olduğu hükme bağlanmış olmakla birlikte uygulama tazminatın sermaye şeklinde belirlenmesi yönünde yerleşmiş, tazminatın irat şeklinde belirlenmesi yöntemi ise birkaç örnekle sınırlı kalmıştır. Bu durum öğretinin bu alana yoğunlaşmasını da engellemiş ve öğretide bu konu üzerinde (sınırlı birkaç örnek dışında) durulmamıştır.

Mevcut uygulama uzun yıllar bu şekilde devam ederken, Danıştay bakım ücretinden doğan maddi tazminat istemlerinde tazminatın sermaye şeklinde değil, irat şeklinde dönemsel olarak belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Verilen bu kararın istikrar kazandığı da gözetildiğinde, ilerleyen dönemde idari yargı uygulamasının (en azından anılan tazminat unsuru bakımından) bu konu üzerine eğileceği anlaşılmış olup, bu meselenin akademik yönden de değerlendirilmesi gereği ortaya çıkmıştır.

Tazminatın irat şeklinde belirlenmesinin hakkaniyete uygun düşüp düşmeyeceği hususunda öğretide birlik oluşmuş değildir. Kimi müellifler tazminatın irat şeklinde belirlenmesinin davanın her iki tarafı için daha hakkaniyetli sonuçlar doğuracağı görüşünde iken, kimi müellifler ise tazminatın sermaye şeklinde belirlenmesi gerektiği düşüncesindedir.

Tazminatın irat şeklinde belirlenmesi hususunda üzerinde durulması gereken önemli husus, iradın para değerinde meydana gelen düşüslere karşı korunması olmalıdır. Zira herhangi bir şekilde (özellikle enflasyon nedeniyle) parada meydana gelen değer kaybına karşı korunmayan iradın zamanla anlamsız meblağ haline geleceği hem öğretide ileri sürülmüş, hem de uygulamada karşılaşılan örneklerde gözlenmiştir. Ülkemizde kesinleşen mahkeme kararlarının ekonomik koşullara uyarlanması yolu da bulunmadığına göre, tazminatın irat şeklinde belirlenmesi durumunda iradın ekonomik değerini koruyacak önlemlerin mutlaka alınması gerekmektedir.

Pozitif düzenlemeler bakımından olmasa da uygulama bakımından

<sup>149</sup> Danıştay 15. Dairesi, E: 2015/4914, K: 2016/3966, T: 02/06/2016. UYAP Bilişim Sistemi, s.e.t. 23.10.2018.

<sup>150</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 20217/7043-E/K, T: 20/03/1972, aktaran İyimaya, s. 33'te yer alan 33 nolu dipnot.

tazminatın irat şeklinde belirlenmesi hukukumuza yabancıdır. Bugüne değin tam yargı davalarında tazminatın sermaye şeklinde hükmedilmesi yönündeki uygulama yerleşmiş olup, irat şeklinde tazminata hükmedilmesine yönelik yerleşmiş bir uygulama bulunmamaktadır. Yerleşik uygulama bulunmayışı tam yargı davalarının tarafları açısından haksız sonuçların doğmasına neden olabilir. Haksız sonuç doğmasının engellenmesi ise irat şeklinde tazminat belirlenirken bazı kurallara uyulması ile mümkündür. İlerleyen dönemde bu hususta uygulamada meydana gelebilecek tereddütlerin giderilebilmesi maksadıyla çalışmada tam yargı davalarında dikkat edilmesi gereken hususlara değinilmiştir.

## KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar** (1998) “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:6, S:1-2, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, s. 165-219.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat//Kaya, Cemil** (2018) Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Armağan, Tuncay** (1997) İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Atay, Ender Ethem** (2012) İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Atay, Ender Ethem/Odabaşı, Hasan** (2010) Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Bardakçı, Mehmet Akif** (2013) “İdarenin Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu” (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Çağlayan, Ramazan** (1999) “İdari Yargıda Kesin Hüküm”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi C:III, S:1, Erzincan, s. 123-141.
- Çağlayan, Ramazan** (2007) Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara, Asil Yayın.
- Çağlayan, Ramazan** (2016) İdare Hukuku Dersleri, 4.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Çalı, Murtaza** (1968) Haksız Fiilden Doğan Tazminat, Ankara, Gürsoy Basımevi.
- Duran, Lütfi** (1974) Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Düren, Akın** (1979) İdare Hukuku Dersleri, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Eren, Fikret** (1972) “Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhlali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli”, Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara, s. 167-178.
- Eren, Fikret** (2008) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta.
- Eroğlu Durkal, Müzeyyen** (2017) “Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, TBB Dergisi, Y:2017, S:131, s. 179-210.
- Gözler, Kemal** (2008) İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- Gözler, Kemal** (2009) İdare Hukuku Cilt 2, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel** (2018) İdare Hukukuna Giriş, 24. Baskı, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut** (2013) İdare Hukuku C:1 (Genel Esaslar), 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Güleç (Uçakhan), Sema** (2012) Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Günday, Metin** (2000) “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, Hukuk Kurultayı 2000-1, 11-16 Ocak 2000, Ankara Barosu Yayını, s. 351-358.

- Günday, Metin** (2015) *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.
- Gündüz, F. Ebru / Gündüz, Hakan** (2011) “İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:XV, S:3, s. 225-258.
- Güneş, Felemez** (2016) “İYUK Madde 28/4 Değişikliği: Yargı Kararlarının İdare Tarafından Uygulanmaması ve Çözüm Önerileri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ekim 2016, Y:7 S:28, Ankara, s.103-128.
- Güran, Sait** (1980) “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, *İdare Hukuku Alanında Sorumluluk (Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu)*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 151-170.
- Gürsoy, Kemal Tahir** (1972) “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 29, S: 1, s. 143-196.
- İyimaya, Ahmet** (1990) “Tazminatın İrat Şeklinde Belirlenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S:1990/1, s. 23-45.
- Karahasan, Mustafa Reşit** (2001) *Tazminat Hukuku (Maddi Tazminat)*, 6. Baskı, İstanbul, Beta.
- Karahasan, Mustafa Reşit** (2004) *Sorumluluk Hukuku (Kusura Dayanan ve Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk)*, 6. Baskı, İstanbul, Beta.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (1984) “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği” *Ankara Barosu Dergisi*, Y: 1984, S: 1, s. 15-21.
- Kuru, Baki** (2009) *Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)*, 20. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Mazlum, İsmet** (2013) “Tazminat Hükmünün Değiştirilmesi Amacıyla Açılan Davanın Yargılama Hukukundaki Yeri”, *TBB Dergisi*, Y:2013 S:106, s. 313-344.
- Oğuzman, M.Kemal/Öz, M.Turgut** (2012) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C:2, 9. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Onar, Sıddık Sami** (1966) *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III. Cilt, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.
- Özgüldür, Serdar** (2002) “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, *Gün Işığında Yönetim içinde* (Ed: İl Han Özay), İstanbul, Alfa.
- Sancakdar, Oğuz** (2013) *İdare Hukuku (Teorik Çalışma Kitabı)*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Sarsıkoğlu, Şenel** (2016) “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:65,S:4, s. 2389-2422.
- Sezer, Yasin/Bulut, Uğur** (2016) “İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali”, *TBB Dergisi*, Y:2016, S:116, s. 213-246.
- Şahin, Ayşenur** (2011) “Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XV, S: 2, s. 123-165.
- Tan, Turgut** (2018) *İdare Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Tek, Savaş** (2010) “İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2010, S:1, Ankara, s. 313-333.

- Tekinay, Selahattin Sulhi** (1979) Borçlar Hukuku, 4.Baskı, İstanbul, Sermet Matbaası.
- Türk Borçlar Kanunu (2012) (Hazırlayan: **Mutlu DİNÇ**), Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Ulusoy, Ali D.** (2019) Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Ünlüçay, Mehmet** (1998) ‘İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu’ Danıştay Dergisi, S: 94, s. 3-10.
- Yayla, Yıldızhan** (1980) “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, İdare Hukuku Alanında Sorumluluk (Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu), İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Yıldızhan, Yayla** (2010) İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta.
- Yenice, Kazım/Esin, Yüksel** (1983), Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara.
- Yılmaz, Ejder** (2005) (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Yumuk, Hamit** (2005) “İdari Yargıda Tazminat Davası” (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım** (2012) İdare Hukuku, Cilt 2, Ankara, Yetkin Yayınları. UYAP Bilişim Sistemi.

# **ÖZEL HUKUK**





## ASSESSMENTS ON THE TRIPS AGREEMENT AND THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY\*

Dr. Öğr. Üyesi Sinan MİSİLİ\*\*

### ABSTRACT

Doha Ministerial Declaration paragraph 19 instructs “the Council of WTO for Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights, in pursuing its work programme including under the review of Article 27.3(b), the review of the implementation of the TRIPS Agreement under Article 71.1 and the work foreseen pursuant to paragraph 12 of this Declaration, to examine, inter alia, the relationship between TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, the protection of traditional knowledge and folklore, and other relevant new developments raised by Members pursuant to Article 71.1”. With this instruction the works in WTO regarding the review of “the provisions of Article 27.3(b)”, “the relationship between the TRIPS Agreement and CBD”, and “the protection of traditional knowledge and folklore” started. It is clear that paragraph 19 has three mandates. This work will examine and describe the work in the TRIPS Council on the relationship between TRIPS and CBD. While examining the relationship, this work will be focused on the main arguments and proposals regarding the issue which are made and presented by the several WTO Members. In the first part of the work, TRIPS agreement and CBD with related articles regarding the issue will be examined. In the second part, general discussions on the issue will be examined. In the third part, more particular discussions on the issue, especially on the point of prior informed consent, will be focused and different approaches between members will be seen. Lastly this work will seek an answer regarding whether there is any conflict between TRIPS and CBD or possibility of compromise.

**Keywords:** World Trade Organization (WTO), Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Agreement, Convention on Biological Diversity (CBD), The relationship between TRIPS and CBD, Genetic Resources, Traditional Knowledge, Biological Diversity, Prior Inform Consent, Intellectual Property Rights.

---

\* This paper is presented at the VI. International Symposium on Law, on 18-19-20 April 2019, in Alanya Alaaddin Keykubat University, Alanya-Antalya/Turkey (Asoscongress).

\*\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, [sinanmisi-li@gmail.com](mailto:sinanmisi-li@gmail.com), ORCID ID: [0000-0002-6759-2317](https://orcid.org/0000-0002-6759-2317) (Geliş Tarihi: 21.09.2019 – Kabul Tarihi: 17.12.2019).

## TRIPS ANLAŞMASI İLE BİYOLOJİK ÇEŞİTLİLİK SÖZLEŞMESİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

### ÖZET

Doha Bakanlar Deklarasyonu 19. paragrafında, “DTÖ Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması Konseyi’ne, çalışma programını takip ederken, TRIPS md. 27.3 (b) hükmünün gözden geçirilmesi de dahil, TRIPS Sözleşmesinin 71.1 maddesi uyarınca uygulanmasının gözden geçirilmesi ve işbu deklarasyonun 12. paragrafına göre öngörülen çalışmaları da inceleyerek, TRIPS anlaşması ile Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi aralarındaki ilişkiyi, geleneksel bilgi ve folklorün korunmasını, ve madde 71.1 uyarınca üyeler tarafından ortaya konan yeni gelişmeleri inceleme talimatı” vermiştir. Bu talimatla birlikte, “TRIPS md. 27.3 (b) hükmünün”, “TRIPS anlaşması ile BÇS aralarındaki ilişkinin” ve “geleneksel bilgi ve folklorün korunması” başlıklarının gözden geçirilmesi süreci başlamıştır. Paragraf 19 ile üç ana görev verilmiş olduğu açıktır. İş bu çalışma TRIPS Konseyi içinde yer bulan TRIPS ile BÇS arasındaki ilişkiye dair çalışmaları inceleyip, tanımlayacaktır. Bu ilişkiyi incelerken, konu hakkında çok sayıda DTÖ üyesi tarafından yapılan ve sunulan, önemli tartışma ve önerilere odaklanılacaktır. İlk bölümde TRIPS ve BÇS, konu ile ilgili maddeleri ile birlikte incelenecektir. İkinci bölümde konu hakkında genel tartışmalar incelenecektir. Üçüncü bölümde özellikle önceden izin alınma konusu dahil, daha belirgin tartışmalara odaklanılacak ve üyeler arasındaki farklı yaklaşımlar görülebilecektir. İş bu çalışmada son olarak, TRIPS ile BÇS arasında bir çatışma veya uzlaşma ihtimali olup olmadığı sorusuna cevap aranacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) Anlaşması, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi (BÇS), TRIPS ile BÇS arasındaki ilişki, Genetik Kaynaklar, Geleneksel Bilgi, Biyolojik Çeşitlilik, Önceden İzin Alma, Fikri Mülkiyet Hakları

## INTRODUCTION

Doha Ministerial Declaration<sup>1</sup> paragraph (para.) 19 instructs “the Council of World Trade Organization (WTO) for Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), in pursuing its work programme including under the review of Article (Art.) 27.3(b), the review of the implementation of the TRIPS Agreement under Art. 71.1 and the work foreseen pursuant to para. 12 of this Declaration, to examine, *inter alia*, the relationship between TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity (CBD), the protection of traditional knowledge (TK) and folklore, and other relevant new developments raised by Members pursuant to Art. 71.1”. With this instruction the works in WTO regarding “the review of the provisions of Art. 27.3(b)”, “the relationship between the TRIPS Agreement and CBD”, and “the protection of TK and folklore” started.

It is clear that para. 19 has three mandates. This work will deal with one which is about the relationship between TRIPS Agreement<sup>2</sup> and CBD. The instruction to review of the relation between the CBD and the TRIPS Agreement opened a door for deeper discussions regarding the issue<sup>3</sup>. Since this work was given to the WTO Council for TRIPS (Council), there had numerous discussion on this issue. Several proposals which were given by some developed and developing – lesser developed countries were discussed within the Council.

Although it is going to be seen in this work that there are several different points discussed in the Council, the examination of TRIPS Agreement (TRIPS) - CBD relationship seems to focus on one important question in two aspect: “Whether and how patent applicants should be obliged to disclose the origin or source of genetic resources and TK used in inventions and provide evidence of prior informed consent and benefit sharing?”<sup>4</sup>

This work will examine and describe the work in the Council on the relationship between TRIPS and CBD. While examining the relationship, this work will be focused on the main arguments and proposals regarding the issue which are made and presented by the several WTO Members. Also in this work

---

<sup>1</sup> WTO (2001), The Doha Ministerial Declaration, Ministerial Conference Fourth Session, Doha 9 - 14 November, WT/MIN(01)/DEC/1. <[https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm)> I.a.d.15.03.2019.

<sup>2</sup> In this work, instead of the term “TRIPS Agreement” only “TRIPS” may be used.

<sup>3</sup> Eugui, David Vivas (2002), Issues Linked To The Convention On Biological Diversity In The WTO Negotiations: Implementing Doha Mandates, July, Geneva, Centre For International Environmental Law (CIEL), p. 6, <[http://www.ciel.org/Publications/Doha\\_CBD-10oct02.pdf](http://www.ciel.org/Publications/Doha_CBD-10oct02.pdf)> I.a.d. 18.03.2019.

<sup>4</sup> Chouchena – Rojas, Martha/Muller, Manuel Ruiz/Vivas, David/Winkler, Sebastian (Editors) (2005), Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between The WTO TRIPS Agreement and the CBD, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK and ICTSD, Geneva, Switzerland, p. 9, <[http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements\\_Nov2005.pdf](http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements_Nov2005.pdf)> I.a.d. 15.03.2019.

TRIPS agreement and CBD with related articles will be examined in general.

In the first part of the work TRIPS agreement and CBD with related articles with the issue will be examined. In the second part general discussions on the issue will be examined. In the third part, more particular discussions on the issue, especially on the point of prior informed consent, will be focused and different approaches between members will be seen. Lastly this work will seek an answer regarding whether there is any conflict between TRIPS and CBD or possibility of compromise.

## I. AGREEMENTS

### A. TRIPS AGREEMENT

The TRIPS Agreement is now the most important international agreement providing the standardization of national intellectual property rights (IPRs) regimes<sup>5</sup>. TRIPS is the first comprehensive, multilateral, trade related intellectual property (IP) agreement<sup>6</sup>. TRIPS is the result of the Uruguay Round of trade negotiations of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), which established a new intergovernmental organization known as the WTO<sup>7</sup>.

TRIPS Agreement provides specific standards for the availability, scope and use of IPRs, sets forth the minimum level of IPRs and adequate patent and trade secret protection<sup>8</sup>. In briefly, it specifies standards for the IP laws of the WTO members.<sup>9</sup> TRIPS agreement is binding on all members of the WTO<sup>10</sup>. It should be mentioned that while the standards in TRIPS provide the high standards of IP

<sup>5</sup> **Outfield, Graham** (2004), *Intellectual Property Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, London, Earthscan, p. 25.

<sup>6</sup> **Keating, Dominic** (2005), "Access to Genetic Resources and Equitable Benefit Sharing through a New Disclosure Requirement in the Patent System: An Issue in Search of a Forum", *Journal of Patent & Trademark Office Society*, July, V: 87, p. 532; **Jeffery, Michael I.** (2002), "Bioprospecting: Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing under the Convention on Biodiversity and the Bonn Guidelines", *Singapore Journal of International & Comparative Law*, V: 2002, I: 6, p. 770.

<sup>7</sup> **Outfield**, p. 25; **Carr, Jonathan** (2008), "Agreements that Divide: Trips vs. CBD and Proposals for Mandatory Disclosure of Source and Origin of Genetic Resources in Patent Applications", *Journal of Transnational Law & Policy*, V: 18, I: 1, Fall, p. 135; **McManis, Charles R.** (2003), "Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge Protection: Thinking Globally, Acting Locally", *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, V: 11, p. 547.

<sup>8</sup> **McManis, Charles R.** (1998), "The Interface between International Intellectual Property and Environmental Protection: Biodiversity and Biotechnology", *Washington University Law Quarterly*, V: 76, I: 1, p. 266, (1998); **Ewens, Lara E.** (2000), "Seed Wars: Biotechnology, Intellectual Property, and the Quest for High Yield Seeds", *Boston College International & Comparative Law Review*, V: 23, I: 2, p. 301; **Jeffery**, p. 771; **Carr**, p. 135.

<sup>9</sup> **Linarelli, John** (2002), "Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and Biotechnology: European Aspects", *Singapore Journal of International & Comparative Law*, V: 2002, I: 6, p. 407.

<sup>10</sup> **Carr**, p. 135.

protection of developed countries, although under the transition provisions of the Agreement, developing countries must meet the same standards as developed countries<sup>11</sup>.

TRIPS Agreement has the objective of the protection and enforcement of IPRs. According to TRIPS Art. 7, this objective should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.

Art. 27 is under the title of 'patentable subject matter'. This article constitutes by 3 paragraphs and formulates the how and whether the subject matter is patentable. According to the first para. of Art. 27, which deals with patentable subject matter, "patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application".

Art. 27 also permits certain exclusions. Para. 2 states as follows: "Members may *exclude* from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of *which is necessary to protect ordre public or morality*, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law". The terms '*ordre public*' and '*morality*' are not defined in TRIPS. If the term '*ordre public*' is interpreted in wide sense, it is said that the term may encompass the matters such, good government, the administration of justice, public services, national economic policy and the proper conduct of affairs in the general interest of the state and society<sup>12</sup>. However, it has been maintained that to prevent some patents such as 'life forms' become outlawed by TRIPS, therefore applying the terms '*ordre public* and *morality*' shall be narrowly and on a case-by-case<sup>13</sup>.

It is stated that Art. 27.1 and 27.2 provide the area of biotechnology and plant varieties IP protection, and the term "all fields of technology" is interpreted to include biotechnology<sup>14</sup>. Linarelli<sup>15</sup> correctly pointed out that 'TRIPS includes provisions on the patentability of rights in biotechnology, and on establishing *sui generis* rights in biotechnology and the key TRIPS provision relevant to IPRs in

---

<sup>11</sup> Linarelli, p. 411.

<sup>12</sup> Dutfield, p. 28.

<sup>13</sup> Dutfield, p. 28.

<sup>14</sup> Ewens, p. 301.

<sup>15</sup> Linarelli, p. 411.

biotechnology is Art. 27'. Rosendal<sup>16</sup> also stated that the TRIPS Agreement standardizes the way IPRs are protected around the world and to strengthen this harmonization process in all technological fields including biotechnology. In conclusion, TRIPS provides ownership – patenting rights in biotechnology<sup>17</sup> and permits genetic resources to be patentable<sup>18</sup>.

Art. 27, para. 3 states that “members may also exclude from patentability: (a) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals; (b) plants and animals *other than micro-organisms*, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective *sui generis* system or by any combination thereof. The provisions of this para. *shall be reviewed four years after* the entry into force of the WTO Agreement”. Para. 3 is a kind of facultative paragraph. According to this para., diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals, the products, plants and animals and essentially biological processes for the production of plants or animals may be excluded from patentability. But micro - organisms and non - biological and microbiological processes are available for patents<sup>19</sup>. Microorganism’s definition is the one of the most controversial point. It is said that while few biologists would dispute the definition of micro - organism as ‘any of various microscopic organisms, including algae, bacteria, fungi, protozoa, and viruses; European, US and Japanese patent offices have interpreted ‘micro-organism’ in such a way as to include plant and animal cells<sup>20</sup>.

It is indicated that regarding the IPRs, most probably to affect the objectives of the CBD is the area of patents<sup>21</sup>. There are some controversial points in Art. 27, para. 3. In general, there are some concerns that TRIPS rules regarding patented material may conflict with rights that are provided to states in the form of national sovereignty over the genetic resources under CBD<sup>22</sup>. It is properly stated that

<sup>16</sup> **Rosendal, G. Kristin** (2006), “The Convention on Biological Diversity: Tensions with the WTO TRIPS Agreement over Access to Genetic Resources and the Sharing of Benefits”, Oberthür, Sebastian, Gehring, Thomas (Editors), Institutional Interaction in Global Environmental Governance, Synergy and Conflict among International and EU Policies, Cambridge, The MIT Press, p. 87.

<sup>17</sup> **Linarelli**, p. 407 and 411.

<sup>18</sup> **Dutfield, Graham** (2002), “Sharing The Benefits Of Biodiversity Is There A Role For Patent System?”, The Journal of World Intellectual Property, V: 5, I: 6, November, p. 903, (2002).

<sup>19</sup> **Jeffery**, p. 772.

<sup>20</sup> **Dutfield**, p. 29.

<sup>21</sup> **Jeffery**, p. 772.

<sup>22</sup> **Laxman, Lekha/Ansari, Abdul Haseeb** (2012), “The Interface Between TRIPS and CBD: Efforts Towards Harmonization”, Journal of International Trade Law and Policy, V: 11, I: 2, p. 110.

especially ‘article 27.3 (b) is open to different interpretations and controversial’<sup>23</sup>. It may be correctly asserted that the centre of debate between developed and developing – lesser developed world root in the Art. 27<sup>24</sup>. There are some legitimate concerns especially the effects of IP protection on biological diversity<sup>25</sup>. It has been considered by some that IP protection has negative impact on biological diversity<sup>26</sup>. It is argued by one commentator<sup>27</sup> that developing world considers that on the one hand developed countries engages freely in gene piracy on the other hand simultaneously demands from developing countries to cease pirating the industrialized world’s IP. In our view, Art. 27.3 is still open to discussion and has not reviewed properly as the last sentence of paragraph orders.

## B. CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY

CBD is an international agreement for the conservation of biological diversity<sup>28</sup>. CBD recognises TK, innovations and practices relevant to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components. CBD came into force in 1993 and now has 196 parties<sup>29</sup>. It is considered that, while conservation of biodiversity is the most leading element of the CBD, sustainable use is the second and lastly access to genetic resources and equitable benefit sharing which is named as access and benefit sharing (ABS) is the third<sup>30</sup>. The last element is considered to be the most related element with the IPRs<sup>31</sup>. Article 15.7 of CBD mandates that use of biological resources be fair and equitable<sup>32</sup>. On the one hand CBD affirms that the conservation of biological diversity is a common concern of humankind, on the other hand CBD declared that States have sovereign rights over their own biological resources<sup>33</sup>.

CBD has three objectives<sup>34</sup>. These are listed in the first article. According to CBD Art. 1 these are, conservation of biological diversity, the sustainable use of its components and the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic resources. The objectives include by appropriate access to genetic resources and by appropriate transfer of relevant technologies, taking into

<sup>23</sup> **Dutfield**, p. 29; **Linarelli**, p. 413.

<sup>24</sup> **Carr**, p. 137.

<sup>25</sup> **McManis** (1998), p. 275.

<sup>26</sup> **McManis** (1998), p. 275.

<sup>27</sup> See **McManis** (1998), p. 268.

<sup>28</sup> **Eugui**, p. 1.

<sup>29</sup> <<https://www.cbd.int/information/parties.shtml>> I.a.d. 18.03.2019.

<sup>30</sup> **Keating**, p. 529

<sup>31</sup> **Dutfield** (2002), p. 899.

<sup>32</sup> **Carr**, p. 133.

<sup>33</sup> See Preamble of CBD.

<sup>34</sup> **Dutfield** (2002), p. 899, **Eugui**, at. 1; **Rosendal**, p. 80.

account all rights over those resources and to technologies, and by appropriate funding. These objectives are very important for the developing countries<sup>35</sup>. CBD aims to regulate biodiversity and the use of biological resources<sup>36</sup>.

Bearing in mind, CBD recognises the TK of indigenous and local communities. TK plays an important role in many industries such as pharmaceuticals, botanical medicines, cosmetics and toiletries, agriculture, and biological pesticides<sup>37</sup>. It is correctly pointed out by Dutfield<sup>38</sup> that “while TK is used as an input into modern industries, traditional peoples and communities are responsible for the discovery, development, and preservation of a tremendous range of medicinal plants, health - giving herbal formulations, and agricultural and forest products that are traded internationally and generate considerable economic value”.

There are some terms as ‘biological diversity’, ‘genetic resources’, ‘biorespecting’ ‘genetic material’, need to be explained, for better understanding of CBD. Biological diversity is defining in CBD Art. 2 as “the variability among living organisms from all sources including, *inter alia*, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part; this includes diversity within species, between species and of ecosystems”. Biological diversity embodies the variability among all living organisms, including diversity within species (genetic diversity), among species, and among ecosystems<sup>39</sup>. It is not a secret that while rich biodiversity is located in developing countries of the South, biotechnology to exploit the genetic resources is located in the North<sup>40</sup>.

Genetic resources are defining in CBD Art. 2, as ‘genetic material of actual or potential value’. It is stated that genetic resource is understood to mean the genetic material of the wide variety of life on the earth<sup>41</sup>. Genetic resources have long been important raw materials in agriculture and medicine<sup>42</sup>. The growing biotechnology industry currently utilises genetic resources to develop new and improved drugs, crop varieties, etc.<sup>43</sup>. Among USA sectors, it is said that the “biotechnology” is the sixth profitable sector in 2016 with a 24.6% net profit margin<sup>44</sup>.

---

<sup>35</sup> Eugui, p. 1.

<sup>36</sup> Carr, p. 133.

<sup>37</sup> Dutfield, Graham (2001). “TRIPS - Related Aspects of Traditional Knowledge, Case Western Reserve Journal of International Law”, V: 33, I: 2, p. 243, (2001).

<sup>38</sup> Dutfield (2001), p. 243.

<sup>39</sup> Rosendal, p. 79.

<sup>40</sup> Jeffery, p. 758 -759.

<sup>41</sup> Keating, p. 526

<sup>42</sup> Jeffery, p. 758.

<sup>43</sup> Jeffery, p. 747 – 748.

<sup>44</sup> Chen, Lyan, Forbes, “The Most Profitable Industries in 2016”, <<https://www.forbes.com/sites/liyanche>



The term “bioprospecting” is defining as ‘the exploration of biodiversity for potentially valuable genetic and biochemical resource’<sup>45</sup>. How to effectively regulate bioprospecting seems a real problem, as because given the nature of the activity, the subject is essentially related with the regulation of access to genetic resources<sup>46</sup>. Bioprospecting may yield benefits for diseases, but also it may yield detriments such as biopiracy<sup>47</sup>.

According to CBD Art. 2, genetic material means any material of plant, animal, microbial or other origin containing functional units of heredity.

Article 3 establishes a general principle<sup>48</sup> that States have the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction. Art. 8.j stated that each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate; subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practice. Article 8.j provides for conservation on both biological resources and indigenous knowledge and practices<sup>49</sup>.

In the preamble of CBD, members state that they recognise the close and traditional dependence of many indigenous and local communities embodying traditional lifestyles on biological resources, and the desirability of sharing equitably benefits arising from the use of TK, innovations and practices relevant to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components. TK is defined briefly as “the knowledge held by traditional peoples and communities”<sup>50</sup>. It is stated that TK also usually defines as “an intellectual value added over the genetic and biological resources existing in nature”<sup>51</sup>.

---

n/2015/12/21/the-most-profitable-industries-in-2016/#51e4d3b75716 > l.a.d. 19/02/2019.

<sup>45</sup> **Jeffery**, p. 748.

<sup>46</sup> **Jeffery**, p. 748 – 749.

<sup>47</sup> **Tejera, Valentina** (1999), “Tripping over Property Rights: Is It Possible to Reconcile the Convention on Biological Diversity with Article 27 of the TRIPs Agreement”, *New England Law Review*, V: 33, I: 4, Summer, p. 971.

<sup>48</sup> **McManis** (1998), p. 260.

<sup>49</sup> **Tejera**, p. 973.

<sup>50</sup> **Dutfield** (2001), p. 240.

<sup>51</sup> **Eugui**, p. 7.

CBD Articles 15 and 16 are the provisions most relevant to IPRs<sup>52</sup>. Art. 15 legitimises the sovereign rights of the States over their natural resources and their authority to determine access to genetic resources<sup>53</sup>. According to CBD article 15.2, while each Contracting Party shall endeavour to create conditions to facilitate access to genetic resources for environmentally sound uses by other Contracting Parties and not to impose restrictions that run counter to the objectives of this Convention, access may only be on mutually agreed terms and subject to prior informed consent of the Contracting Party providing such resources, unless otherwise determined by that Party. This article deals with access of genetic resources and provides national governments to have an authority and national control to determine and regulate the access to its genetic resources<sup>54</sup>. It should be underscored that Article 15 permits the access only be on mutually agreed terms and subject to prior informed consent of the Contracting Party. But parties may agree on the contrary. Under the CBD, members may condition access to their genetic resources on informed consent and other terms, thus, it is maintained that this provides the potential for capturing most aspects of bioprospecting within enforceable and bilateral agreements<sup>55</sup>. It is also presumed that this authority gives countries to gain more of the benefits from industrial use of their biogenetic resources, at the same time they may achieve to conserve and sustain their biodiversity<sup>56</sup>. On the one hand Art.15 provides the national control over its genetic resources, on the other hand this national control is limited by the obligation to facilitate access by the other Contracting parties and not to impose restrictions that run counter to the CBD objectives<sup>57</sup>.

Eugui<sup>58</sup> correctly argued that CBD Art.15 is designed to establish an interim “consistency examination” in the patent procedure and this “consistency examination” becomes in practice, a new requirement to patentability. This “consistency examination” includes recognition of sovereign rights over genetic resources; access based on prior informed consent; access and benefit sharing based on mutually agreed terms; joint research activities over genetic resources<sup>59</sup>.

Art. 16 details the appropriate access to, and transfer of, technology and requires contracting parties to establish a framework within which to provide and/or facilitate access to and transfer of technology under fair and most favourable

---

<sup>52</sup> Linarelli, p. 423.

<sup>53</sup> Dutfield (2002), p. 902.

<sup>54</sup> Dutfield, p. 38; Jeffery, p. 761 – 762; Linarelli, p. 423.

<sup>55</sup> Jeffery, p. 761.

<sup>56</sup> Dutfield, p. 38.

<sup>57</sup> Jeffery, p. 762.

<sup>58</sup> Eugui, p. 3.

<sup>59</sup> Eugui, p. 3.

terms<sup>60</sup>. This article regulates the transfer of technological innovation to the countries from which the genetic resources are obtained<sup>61</sup>. Access to and transfer of technology include biotechnology among contracting parties are essential elements for the attainment of the objectives of the CBD (Art. 16.1). Each According to Art. 16.1, each contracting party shall recognize that technology includes biotechnology. Therefore it should be emphasized that the term 'technology' used in CBD includes the term 'biotechnology'. Rather, biotechnology is the only directly referred technology in the article<sup>62</sup>. That is to say, by wording of this subarticle CBD includes patentable biotechnology<sup>63</sup>. Article 16 is evaluated as the most related article with the interface between IP and environmental protection<sup>64</sup>. Parties undertake to provide and/or facilitate access for and transfer to other Contracting Parties of technologies that are relevant to the conservation and sustainable use of biological diversity or make use of genetic resources (Article 16.1). Access to and transfer of technology to developing countries must be provided and/or facilitated under fair and most favourable terms (Article 16.2). In the case of technology subject to patents and other IPRs, such access and transfer shall be provided on terms which recognise and are consistent with the adequate and effective protection of intellectual property rights (Article 16.2). This wording seems consistent with the wording of TRIPS Agreement and establish a link with it<sup>65</sup>.

Art. 16.3 states that each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, with the aim that contracting parties, in particular those that are developing countries, which provide genetic resources are provided access to and transfer of technology which makes use of those resources, on mutually agreed terms, including technology protected by patents and other intellectual property rights. It may be asserted that while CBD's aim is to promote the sustainable use of natural resources, at the same time CBD regulates the application of IPRs on the biotechnological industry<sup>66</sup>.

According to Article 16.5 the contracting parties, recognizing that patents and other intellectual property rights may have an influence on the implementation of this convention, shall cooperate in this regard subject to national legislation and international law in order to ensure that such rights are supportive of and do not run counter to its objectives. This subparagraph requires

---

<sup>60</sup> **McManis** (1998), p. 260; **Jeffery**, p. 765; **Dutfield** (2002), p. 902.

<sup>61</sup> **Linarelli**, p. 423.

<sup>62</sup> **Dutfield** (2002), p. 902.

<sup>63</sup> **Carr**, p. 134.

<sup>64</sup> **McManis** (1998), p. 260.

<sup>65</sup> **Dutfield**, p. 38; **Dutfield** (2002), p. 903.

<sup>66</sup> **Carr**, p. 134.

from the parties to cooperate to ensure that patents and other IPRs 'are supportive of and do not run counter to' the CBD's objectives<sup>67</sup>. Subparagraph 5 is understood that IPRs should be revised if they run counter to the aims of the treaty<sup>68</sup>.

It is stated that the wording of the subparagraph 5 results in considerable disagreement.<sup>69</sup> It is quoted<sup>70</sup> that USA concerned because of the language of Article 16<sup>71</sup>. According to USA, CBD focuses on IPRs "as a constraint to the transfer of technology rather than as a prerequisite"<sup>72</sup>. USA President George Bush considered that the CBD is not the best interests of USA, also would impair American IPRs and refuse to sign the CBD<sup>73</sup>. It is stated that the reason to refuse to sign the treaty is the unbalancing provisions regarding IP and technology transfer<sup>74</sup>. Although USA later in the Clinton administration signed the CBD (in 04/06/1993), but has not ratified it yet<sup>75</sup>. Other than Holy See, USA only state which does not ratified the CBD in the world<sup>76</sup>.

## II. GENERAL VIEWS IN THE WORK OF COUNCIL BY MEMBERS

While examining the general views on the issue of relationship between TRIPS and CBD in the Council, it will be noticed that as mentioned in one work "while developed countries have found no inconsistencies between two treaties several developing countries have indicated the need to reconcile them, possible by means of revision of TRIPS"<sup>77</sup>. There has not always certain differences between developed and developing countries views on the issue. For example it is going to be seen that European and Switzerland proposals are very much in same line with those several developing countries proposals.

Regarding relationship between two treaties, as it has been said in one WTO document<sup>78</sup> that there are two general issues discussing in the Council;

<sup>67</sup> **Dutfield**, p. 38.

<sup>68</sup> **Ewens**, p. 300.

<sup>69</sup> **Dutfield**, p. 38; **Dutfield** (2002), p. 903.

<sup>70</sup> See **McManis** (1998), p. 256 and 262.

<sup>71</sup> See also **Ewens**, p. 299.

<sup>72</sup> See **McManis** (1998), p. 256 and 262.

<sup>73</sup> **Dutfield**, at. 38, **McManis** (1998), p. 256; **Dutfield** (2002), p. 903. See also <[https://defenders.org/sites/default/files/publications/the\\_u.s.\\_and\\_the\\_convention\\_on\\_biological\\_diversity.pdf](https://defenders.org/sites/default/files/publications/the_u.s._and_the_convention_on_biological_diversity.pdf)> l.a.d. 18.03.2019.

<sup>74</sup> **Carr**, p. 134.

<sup>75</sup> See the details in

<[https://defenders.org/sites/default/files/publications/the\\_u.s.\\_and\\_the\\_convention\\_on\\_biological\\_diversity.pdf](https://defenders.org/sites/default/files/publications/the_u.s._and_the_convention_on_biological_diversity.pdf)> l.a.d. 18.03.2019. See also **McManis** (1998), p. 256 – 257 and **Carr**, p. 135.

<sup>76</sup> See <<https://www.cbd.int/information/parties.shtml>> l.a.d. 18.03.2019.

<sup>77</sup> **Roffe, Pedro / Melendez-Ortiz, Ricardo / Bellmann, Christophe / Chamay, Marie and others** (2005), Resource Book On TRIPS and Development: An Authoritative And Practical Guide To The TRIPS Agreement (UNCTAD - ICTSD capacity building Project on IPR's), 1st Edt., USA, Cambridge University Press, p. 397, <<http://www.ipronline.org/unctadictsd/ResourceBookIndex.htm>> l.a.d. 18.03.2019.

<sup>78</sup> **TRIPS Council Secretariat**, "The relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on

firstly whether or not there is a conflict between two treaties, secondly whether there is anything to be done to keep mutual supportiveness the two treaty. On these two issues there are two certain different ideas and between them some other ideas in the Council<sup>79</sup>. First group of countries which generally USA leading this group believe that “the TRIPS Agreement and CBD have different, non - conflicting objectives and purposes and deal with different subject - matter and should be implemented in a mutually supportive manner”<sup>80</sup>. This group sees no conflict between two agreement. Therefore, this group of members considers no change is required in TRIPS nor in CBD<sup>81</sup>.

Opposing to that group, in one view it is believed that there is a conflict between two treaties. According to their view<sup>82</sup>, TRIPS provides certain genetic material to be patentable and do not prevent the patenting of others. So this provides for the appropriation of such genetic resources by private parties which is inconsistent with CBD and also this group claims that TRIPS does not provide prior informed consent and benefit sharing as providing in CBD. This group propose an amendment<sup>83</sup> in Article 27.3(b) of the TRIPS to oblige all Members to make life forms and parts thereof non-patentable.

In conclusion, it can be said as pointed out in one work that “on the one hand, the strong interests of some developed countries in ensuring protection of biotechnological innovations and on the other, the important differences existing among such countries with regard to the scope of protection, as well as the concerns of many developing countries about the patentability of life forms”<sup>84</sup>. As it is clear that regarding the issue, it is the interests that the make members apart.

As it has been mentioned above between this two opposing view, there is also another view<sup>85</sup> which asserts that while there is no inherent conflict between two agreements, there is a need for enhancing the international action for mutual supportiveness between two agreement. Especially they have proposals to ensure the disclosing the source and country of origin or TK used in the inventions.

---

Biological Diversity –Summary of Issues raised and points made”, (TRIPS Council Secretariat) (IP/C/W/368/Rev.1, February 2006)p.3,<[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/ipcw368\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ipcw368_e.pdf)> I.a.d. 18.03.2019.

<sup>79</sup> See also Carr, p. 138 – 139.

<sup>80</sup> **TRIPS Council Secretariat**, p. 4, Australia, IP/C/M/47, para. 55, Canada, IP/C/M/47, para. 66, Japan, IP/C/M/47, para. 69, United States, IP/C/W/434, IP/C/W/257, IP/C/W/209, IP/C/W/162, IP/C/M/43, para. 55, IP/C/M/42, para. 109. All the documents related with WTO members can be found at (Log in Documents online search facility <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S001.aspx](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S001.aspx)> I.a.d. 18.03.2019.

<sup>81</sup> United States IP/C/M/46 para. 23,

<sup>82</sup> **TRIPS Council Secretariat**, p. 7- 8; African Group, IP/C/W/404, IP/C/W/206; Brazil, IP/C/W/228; India, IP/C/W/198.

<sup>83</sup> **TRIPS Council Secretariat**, p. 8.

<sup>84</sup> **Roffe/Melendez-Ortiz/Bellmann and others**, p. 388.

<sup>85</sup> **TRIPS Council Secretariat**, p. 4 and 6.

Another important argument in the Council' work is on the issue of which forum is the appropriate forum. One view considers that "World Intellectual Property Organization (WIPO) provides the more appropriate forum since it has more technical expertise on these issues"<sup>86</sup>. On the other hand, another view is that "solutions to the concerns raised about the TRIPS Agreement should be found in the WTO, and "Forum Shopping" should be avoided"<sup>87</sup>. As it has been correctly stated that "it is the only WTO, which combines global trade rules with worldwide IP protection, that can ensure better market access and conditions for commercially valuable assets resulting from a TK – related production process"<sup>88</sup>. In our view that the most appropriate forum can be WTO because of its global function.

### III. DIFFERENT APPROACHS ON THE ISSUE IN THE COUNCIL BY MEMBERS

As it has been mentioned that there are serious concerns on TRIPS to not provide sufficient provisions as CBD provides such as obligation of prior informed consent which is the one of the core element of CBD. On the issue of the prior informed consent and benefit sharing, there are two main approaches which are called<sup>89</sup> "National-Based Approach" and "Disclosure Approach".

#### A. NATIONAL - BASED APPROACH

This approach<sup>90</sup> is mostly developed countries' approach which can be named also "contract - based approach". This approach also, because of their given importance to patent system, is called "patent - based approach"<sup>91</sup>. According to this view best solution is national solutions which are outside the IP system. Being compatible with CBD, members should pass national legislation requirements for the conclusion of contracts between authorities competent to grant access to genetic resources. They believe that prior informed consent can only be achieved with contractual arrangements and in this view members can impose civil or criminal law penalties to prevent reaching the sources without permit. Points of contact can be selected inside the government or indigenous community and

<sup>86</sup> Canada, Australia, IP/C/M/46, paras. 54 and 64.

<sup>87</sup> Brazil, IP/C/M/47 paras. 32 and 86.

<sup>88</sup> **Cottier, Thomas/Panizzon, Marion** (2008), "Legal Perspective On Traditional Knowledge: The Case For Intellectual Property Protection", *Journal of International Economic Law*, V: 7, I: 2, February, p. 399 and p. 376, see footnote 21.

<sup>89</sup> **TRIPS Council Secretariat**, p. 13.

<sup>90</sup> See United States, IP/C/W/434 and 257; see for all approach **TRIPS Council Secretariat**, p. 14 – 27.

<sup>91</sup> **Roffe/Melendez-Ortiz/Bellmann and others**, p. 411

within the contract a party could require the researcher or other party accessing the genetic resources and traditional knowledge to report regularly to the point of contact.

According to this view, this approach has many advantages such as; firstly “contractual system could ensure the sharing of benefits arising from the commercialization of the results of research and development based on materials to which access had been provided, whether or not these results were the subject of a patent and contracts could specify how disputes that might arise under any contract would be handled and in what jurisdiction”<sup>92</sup>. Secondly “the contract-based system was easily adaptable to a country's particular legal system and provided the flexibility to protect TK and genetic resources without undermining the economic development incentives of strong IP protection”<sup>93</sup>. and lastly “it is based on existing contract law, there is no need to wait so much”<sup>94</sup>.

Opposing to this view, it has been said that “this approach can not be only solution for erroneously granted patents and transboundary use of genetic resources and traditional knowledge”<sup>95</sup>, also “unequal bargaining powers is a problem in this system”<sup>96</sup> and “contracts could not substitute such a system because the greater majority of owners of genetic resources were not aware of the benefits of their resources”<sup>97</sup>. And lastly “national - based system is costly and fragmented”<sup>98</sup>.

## B. DISCLOSURE APPROACH

There are three kind of ‘Disclosure Approach’ proposal in the Council and named respectively “The TRIPS Disclosure Proposal”, “The Patent Cooperation Treaty (PCT) Disclosure Proposal” and “The Mandatory Proposal”.

### 1. The TRIPS Disclosure Proposal

Proponents of the TRIPS disclosure proposal are developing countries, whose biological resources are diverse<sup>99</sup>. According to this approach, TRIPS must be amended<sup>100</sup> to ensure the requirements of following informations as a condition of acquiring patent rights; firstly “evidence of the source and country of

<sup>92</sup> IP/C/M/37/Add.1 para 235.

<sup>93</sup> IP/C/M/47, para. 44

<sup>94</sup> IP/C/M/37/Add.1, para 234

<sup>95</sup> African Group IP/C/W/404; Brazil and India, IP/C/W/443.

<sup>96</sup> India, IP/C/M/46, para. 38.

<sup>97</sup> Kenya, IP/C/M/46, para. 67.

<sup>98</sup> Brazil and India, IP/C/W/443.

<sup>99</sup> Carr, p. 139.

<sup>100</sup> See TRIPS Council Secretariat, p. 28.

origin of the biological resource and of the TK used in the invention”, secondly “evidence of prior informed consent from the authorities under the relevant national regime” and lastly “evidence of fair and equitable benefit sharing under the relevant regime”. It is said that “the obligation to provide evidence of prior informed consent would be discharged by a declaration in the patent application accompanied, where relevant, with the evidence of prior informed consent, for example in the form of a certificate issued by a relevant national authority”<sup>101</sup>.

As correctly it has been pointed out that “this proposal is seeking to incorporate disclosure requirements in the TRIPS Agreement as a mechanism that allows the verification that any genetic resource or associated TK have been obtained in a legitimate manner and that the legal requirements of the country of origin have been fulfilled as an integral part of the patent filing process”<sup>102</sup>. It has been argued that because of the TRIPS agreement is broadly recognised as the most important IP instrument, it is natural to seek an amendment in it to facilitate coherence with CBD<sup>103</sup>.

## 2. The PCT Disclosure Proposal

This proposal presented to the Council by Switzerland and also to the WIPO<sup>104</sup>. This approach proposes an amendment in PCT to explicitly enable the national patent legislation of contracting parties to the PCT, to require the declaration of the source of genetic resources and TK in patent applications, if an invention is directly based on such resource or knowledge. This is a permissive requirements, namely it is up to members to admit, but when it is incorporated, it would be obligatory. It is said, before that, this proposal requires a declaration of the source of genetic resources and TK. According to Swiss proposal the source

<sup>101</sup> India, IP/C/M/46, para. 39.

<sup>102</sup> **Eugui, David Vivas/Ruiz, Manuel**, “Toward An Effective Disclosure Mechanism: Justification, Scope and Legal Effects”, Chouchena – Rojas, Martha/Muller, Manuel Ruiz/Vivas, David/Winkler, Sebastian (Editors) (2005), Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between The WTO TRIPS Agreement and the CBD, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK and ICTSD, Geneva, Switzerland, <[http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements\\_Nov2005.pdf](http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements_Nov2005.pdf)> I.a.d. 15.03.2019., n. 4, above, p. 24.

<sup>103</sup> Ibid., p. 25.

<sup>104</sup> See WIPO, PCT/R/WG/4/13, <[https://www.wipo.int/edocs/mdocs/pct/en/pct\\_r\\_wg\\_4/pct\\_r\\_wg\\_4\\_13.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/pct/en/pct_r_wg_4/pct_r_wg_4_13.pdf)> I.a.d. 18.03.2019, WIPO, PCT/R/WG/5/11/Rev., <[https://www.wipo.int/edocs/mdocs/pct/en/pct\\_r\\_wg\\_5/pct\\_r\\_wg\\_5\\_11\\_rev.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/pct/en/pct_r_wg_5/pct_r_wg_5_11_rev.pdf)> I.a.d. 18.03.2019. See also, **Addor, Felix**, “Switzerland’s Proposals For Disclosure Of The Source Of Genetic Resources And Traditional Knowledge In Patent Applications; And Views On Prior Informed Consent And Benefit Sharing In Patent Applications”, Chouchena – Rojas, Martha/Muller, Manuel Ruiz/Vivas, David/Winkler, Sebastian (Editors) (2005), Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between The WTO TRIPS Agreement and the CBD, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK and ICTSD, Geneva, Switzerland, <[http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements\\_Nov2005.pdf](http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements_Nov2005.pdf)> I.a.d. 15.03.2019, n. 4, above, p. 35 – 40; Switzerland, IP/C/W/433 and 423 and **TRIPS Council Secretariat**, p. 31 – 33.



should be understood in its broadest sense possible. Bearing in mind, the proposal requires that the invention must be directly based on a specific resource to which the inventor has had access. That is to say, if there is a TK, inventor must consciously derive the invention from this TK.

To support this proposal, it is argued that “The PCT proposal has two advantages over any TRIPS based approach, firstly, in contrast to TRIPS, amendment in PCT can be carried out in a very short period, secondly, an amendment of PCT can be decided by a three - quarters majority of the PCT’s Contracting Parties, whereas TRIPS needs consensus to be amended”<sup>105</sup>.

### 3. The Mandatory Disclosure Proposal

This proposal was presented by European Community (EC) (and its Member States) firstly to the WIPO<sup>106</sup>, later to the Council<sup>107</sup>. EC, from the very first discussions within the council, emphasized on a requirement that should be applied to all patent applications with regard to genetic resources for which they have granted access<sup>108</sup>.

While examining this proposal, it must be borne in mind that EC does not see any conflict between TRIPS and CBD<sup>109</sup>, *inter alia*, EC maintains that “they have different objectives and do not deal with the same subject matter and there is nothing in the provisions of either agreement that would prevent a country from fulfilling its obligations under both”<sup>110</sup>.

EC proposed that “the information to be provided by patent applicants should be limited to information on the geographic origin of genetic resources or TK used in the invention which they know, or have reason to know and each country would accept as an obligation to require all patent applicants to disclose this information”<sup>111</sup>. Also EC holds the opinion that such a disclosure requirement should not act, *de facto* or *de jure*, as an additional formal or substantial patentability criterion and failure to disclose, or the submission of false information should not stand in the way of the grant of the patent and should have no effect on the validity of the patent, once it is granted<sup>112</sup>.

EC (and its Member States) believes that the disclosure obligation should be

---

<sup>105</sup> Addor, n. 4 above, p. 39 – 40.

<sup>106</sup> See WIPO/GRTKF/IC/8/11, (17 May 2005), annex p. 1  
<[https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_8/wipo\\_grtkf\\_ic\\_8\\_11.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_8/wipo_grtkf_ic_8_11.pdf)> I.a.d. 18.03.2019.

<sup>107</sup> See EC, IP/C/M/47, para. 58, EC, IP/C/M/49, para. 124.

<sup>108</sup> See IP/C/W/383, p. 2 and para. 51.

<sup>109</sup> EC, IP/C/W/383, p. 2.

<sup>110</sup> EC, IP/C/W/383, para. 35.

<sup>111</sup> EC, IP/C/W/383, para. 54.

<sup>112</sup> EC, IP/C/W/383, para. 55.

mandatory<sup>113</sup>. According to EC, the disclosure requirement should be implemented in a legally binding and universal manner<sup>114</sup>. EC proposed that “the binding disclosure requirement should be introduced to disclose the country of origin or source of genetic resources and this mandatory requirement should be applied to all patent applications, which implied that it should be implemented in a legally binding and universal manner”<sup>115</sup>. EC also holds the opinion that “the disclosure requirement would apply to all international, regional and national patent applications at the earliest possible stage”<sup>116</sup>.

Briefly all concept of “EC proposal was as follows: (1) a mandatory requirement should be introduced to disclose the country of origin or source of genetic resources in patent applications; (2) the requirement should apply to all international, regional and national patent applications at the earliest stage possible; (3) the applicant should declare the country of origin or, if unknown, the source of the specific genetic resource to which the inventor had had physical access and which was still known to him; (4) the invention must be directly based on the specific genetic resources; (5) there could also be a requirement on the applicant to declare the specific source of TK associated with genetic resources, if he was aware that the invention was directly based on such TK and, in this context, a further in-depth discussion of the concept of “traditional knowledge” was necessary”<sup>117</sup>.

#### **4. Arguments Regarding Advantages and Disadvantages of Disclosure Requirements Proposal**

The supporter of TRIPS disclosure proposal maintain that “this system would help the countries providing access to genetic resources to monitor compliance with access and benefit – sharing rules”<sup>118</sup> and also “would enhance transparency in the context of access to genetic resources and associated TK”<sup>119</sup>. Other advantage of this system is said to be that “requirement of disclosure would help in improving what was available and guarantee a better system which would make it more difficult for those involved in acts of misappropriation and benefit the victims of such acts”<sup>120</sup>.

On the other hand in regard to the PCT it has been maintained<sup>121</sup> that this

---

<sup>113</sup> WIPO/GRTKF/IC/8/11, (17 May 2005), annex p. 1.

<sup>114</sup> WIPO/GRTKF/IC/8/11, (17 May 2005), annex p. 1.

<sup>115</sup> EC, IP/C/M/49, para. 124.

<sup>116</sup> EC, IP/C/M/49, para. 124.

<sup>117</sup> EC, IP/C/M/47, para. 58.

<sup>118</sup> Brazil, IP/C/M/46, para. 46.

<sup>119</sup> IP/C/M/48, para. 38.

<sup>120</sup> Peru, IP/C/M/46, para. 51.

<sup>121</sup> Switzerland, IP/C/W/423, IP/C/M/42, para. 98.

system explicitly enable the contracting parties of the PCT to introduce a disclosure requirement in their national laws and it leaves Members with adequate flexibility to develop an efficient national legislation according to their needs. And lastly, it has been argued that this system is not burdensome for patent applicants so as to deter them from filing for patents and encourage them to maintain secrecy over their inventions.

Owner of the Mandatory proposal, EC also indicates its proposal's advantages which are those ; "the disclosure requirement should not affect the balance of rights and obligations set out in the TRIPS Agreement, nor the rights of WTO Members to create a favourable environment for research and development activities in the field of biotechnology and should not necessarily be burdensome either to patent offices or to applicants"<sup>122</sup>.

But disclosure requirement proposal is criticized by the supporters of the national based approach. One of the national - based supporter maintained<sup>123</sup> regarding disclosure proposal that "for ensuring appropriate access and equitable benefit sharing or to prevent the erroneously granted patents, this system is ineffective to achieve these objectives, furthermore this system add new uncertainties, administrative burdens and it undermines the role of patent system and potential benefit sharing."

There has also some arguments on the disclosure of evidence of prior informed consent and benefit sharing. In TRIPS disclosure proposal in addition to the declaration of the source of genetic resources, it is sought an evidence of prior informed consent. This new addition is criticizing even by EC. It has been maintained that "this situation is not feasible", *inter alia*, it has been said that "it is difficult for patent offices to judge whether foreign country legislation on access and benefit - sharing had been complied with. The main function of patent offices was to ensure that patentability requirements were met, which was a difficult task, especially in the field of biotechnology. Requesting patent offices to verify whether patent applicants had respected all legal rules related to the material used in their inventions would seriously overburden patent offices and create legal interpretation problems"<sup>124</sup>. Also EC believes that "it is premature to consider a requirement to provide evidence of prior informed consent"<sup>125</sup>.

United States and some members have some concerns on the consequences for benefit sharing of sanctioning patent revocation for non - compliance with

---

<sup>122</sup> EC, IP/C/M/49, paras. 122 - 123.

<sup>123</sup> United States, IP/C/W/434 and 449.

<sup>124</sup> EC, IP/C/M/44, para. 34.

<sup>125</sup> EC, IP/C/M/47, para. 62.

disclosure requirements. They criticize<sup>126</sup> that it would be free to public, so it can be commercialized without any obligation to share benefits, if a patent were issued but later invalidated or if an application were published. And on the same subject it has been said that “the disclosure of evidence of prior informed consent or benefit sharing would be a disincentive to patents applicants because such information could be kept secret and not disclosed”<sup>127</sup>. Similarly on the same subject USA argues that “the problem with the disclosure requirement was that it could discourage patent applicants from applying for patents on their inventions in the first place and would be a disincentive to innovation”<sup>128</sup>.

In response to these claims it has been stated correctly that because in regard of patent law practice, there are a number of other disclosure requirements, including disclosure of best mode, and in other jurisdictions, such as the USA, a requirement to disclose all information material to patentability, therefore the TRIPS disclosure proposal's requirement is no different from these obligations<sup>129</sup>. It is also pointed out as a response that “the disclosure obligation as envisaged, taking into account existing practice, would therefore not impose any burdensome administrative or other costs on applicants”<sup>130</sup>. In other words in terms of implementation for the USA system, the proposed disclosure requirement would not be burdensome at all, as it could be covered under the existing requirement of information material to patentability<sup>131</sup>. Consequently, the role of the patent examiner will be limited to confirming that the patent application contains a declaration in the prescribed form indicating that prior informed consent was obtained<sup>132</sup>. Although, the evidence of prior informed consent and benefit-sharing arrangements should be given to the patent offices, the proposal did not require patent examiners to determine the validity of these arrangements in order to grant a patent<sup>133</sup>. The patent office will need to take decisions based on these documents only when the validity of a patent is challenged in the pre- or post-grant opposition or revocation proceedings<sup>134</sup>.

Regarding the relations with TRIPS, the disclosure proposal is criticized that “a disclosure requirement applicable to only some fields of technology might also conflict with Article 27.1 of TRIPS and also it would be contrary to Article

---

<sup>126</sup> TRIPS Council Secretariat, p. 49; USA, IP/C/M/40, para. 122 and IP/C/M/39, para. 131.

<sup>127</sup> Japan, IP/C/M/48, para. 75.

<sup>128</sup> United States, IP/C/M/39, para. 128.

<sup>129</sup> Brazil and India, IP/C/W/443, para. 20.

<sup>130</sup> Brazil and India, IP/C/W/443, para. 20.

<sup>131</sup> India, IP/C/M/47, para. 38.

<sup>132</sup> Brazil and India, IP/C/W/443, para. 21.

<sup>133</sup> India, IP/C/M/47, para. 38.

<sup>134</sup> Brazil and India, IP/C/W/443, para. 22.

62.1<sup>135</sup> which these two claims are not accepted by supporter of TRIPS disclosure proposal<sup>136</sup>. Also although it has been maintained that “the proposed amendment to TRIPS Agreement with respect to disclosure that allows revocation of a patent would impact on Members’ other existing obligations under this agreement is not clear”<sup>137</sup>, it has been responded to that “several countries already established this requirements in their national legislations as means of implementing the CBD and there would be legal certainty if the TRIPS Agreement were amended accordingly”<sup>138</sup>.

#### IV. CONFLICT – COMPROMISE

##### A. CONFLICT OR NOT?

It has been seen above that there is a continuous discordance among WTO members regarding the issue of the relation between CBD and the TRIPS Agreement<sup>139</sup>. It has been mentioned above several times that when examining the relationship between CBD and TRIPS, two question always comes into mind that whether there is a conflict between two agreement<sup>140</sup> or whether two agreement in mutual supportiveness or not. Actually, it can be said that all volume of work and arguments in the Council are seeking these questions’ answer. It has been seen above that mostly developing countries maintain that because of the reason that TRIPS and the CBD are incompatible, TRIPS should be amended, especially Article 27.3(b) to conform to CBD<sup>141</sup>. For example while Doha Declaration instruction on reviewing regarding the relationship between two agreement is interpreted by some developing countries “as opening up the the possibility of amending Article 27.3(b)”<sup>142</sup>, it definitely was not interpreted the same by developed countries. Many developing countries consider that, as it can be seen the above, “there is need to reconcile Article 27.3(b) with the relevant provisions of the CBD”<sup>143</sup>. It is most probably true that the issue is mostly relative. That is to say, the answer of the question can be changed for all member of the WTO due to their level of economical situations or level of richness of biodiversity. But to better

---

<sup>135</sup> Japan, IP/C/M/29, para.155

<sup>136</sup> India, IP/C/M/37/Add.1, para. 224; **TRIPS Council Secretariat**, p. 54.

<sup>137</sup> Canada, IP/C/M/49, para. 108.

<sup>138</sup> India, IP/C/W/195 and 198.

<sup>139</sup> **Eugui**, p.1.

<sup>140</sup> See **Carr**, p. 138.

<sup>141</sup> **Linarelli**, p. 423.

<sup>142</sup> **Roffe/Melendez-Ortiz/Bellmann and others**, p. 396.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 389.

answer, it needs to be focused on the concept and relevant provisions in the two agreements.

As highlighted in the CBD official website<sup>144</sup> that CBD represents a significant progress in the conservation of biological diversity, the sustainable use of its components, and the fair and equitable sharing of benefits arising from the use of genetic resources”. Most importantly, it has been mentioned in the preamble para. 12 of CBD text that “parties of the CBD recognise the close and traditional dependence of many indigenous and local communities embodying traditional lifestyles on biological resources, and the desirability of sharing equitably benefits arising from the use of traditional knowledge, innovations and practices relevant to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components”. Therefore it is correctly argued by Stoll and Hahn that “the CBD is based on a rather advanced and elaborate concept regarding “indigenous and local communities”<sup>145</sup>. It is clear that CBD itself gives a significant importance to the indigenous and local communities. This given importance can be noticed also from the Art. 8(j) that this article refers to “knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity”. As it has maintained correctly by scholars that “CBD clearly goes along with the notion of traditional knowledge”<sup>146</sup>. It is certain that CBD explicitly refers to indigenous people’s rights which are derived from their knowledge (which means TK), innovations and practices. But bear in mind that traditional knowledge is not a legally recognised form of IP in its own right yet<sup>147</sup>. It is correctly pointed out that CBD recognises the knowledge which is held by communities instead of just a single owner<sup>148</sup>.

In contrast, it should be said that there has not any directly reference to indigenous or local communities, their knowledge, innovations and practices in TRIPS Agreement. As it has been correctly pointed out by the scholars that “TRIPS contains material and procedural standards for the protection of IPRs along the lines of well - established concepts, however, it does not specifically adres protection of TK”<sup>149</sup>.

It is true to say, while TRIPS provides stronger patent protection, the CBD

<sup>144</sup> <<https://www.cbd.int/history/>> I.a.d. 22.03.2019.

<sup>145</sup> **Stoll, Peter - Tobias / von Hahn, Anja** (2003), “Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law”, von Lewinski, Silke (Editor), *Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, 1st. ed., p. 27.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>147</sup> **Linarelli**, p. 425.

<sup>148</sup> **Tejera**, p. 984.

<sup>149</sup> **Stoll/von Hahn**, p. 31. See also for the same conclusion **Cottier/Panizzon**, p. 378 – 379.

encourages fair and equitable sharing of biological resources<sup>150</sup>. Therefore some developing countries have argued that TRIPS should be included available provisions as; for access to genetic resources within the territory of a WTO member, prior informed consent for use of genetic resources in inventions, sharing of the benefits of inventions associated with genetic resources<sup>151</sup>. On the one hand TRIPS Agreement only recognises and provides individual ownership of property rights, on the other hand the CBD recognises rights of indigenous cultures to preserve their knowledge and resources<sup>152</sup>. The ideas of individual ownership of property rights and rights of indigenous cultures to preserve their knowledge and resources seem incompatible. IPRs recognise one private inventor, whereas indigenous knowledge and biological resources are needed to be used and discovered collectively<sup>153</sup>. There is also a factual concern that researchers and companies in developed world may be tempted to misuse TK, if the patent office staff are known to have insufficient time, knowledge or resources to conduct through prior art searches and examinations where like in developing or lesser developed world<sup>154</sup>.

The objectives of the CBD is stated in the Art. 1. as; 1- conservation of biological diversity, 2- the sustainable use of its (biological diversity) components, 3- the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic resources and 4- providing the appropriate access to genetic resources and transfer of relevant technologies. Any of these objective has no priority in the TRIPS Agreement.

Because IPRs in biotechnology is very important for innovations, control over genetic resources which are crucial for biotechnology innovations became the global subject in recent years<sup>155</sup>. It is pointed out that many countries widely perceived that there is a fundamental conflict interface between international IP and environmental protection<sup>156</sup>. Because it is true that while many developing or lesser developed countries are rich in biodiversity, poor in biotechnology, on the other hand many developed countries are rich biotechnology, poor in biodiversity<sup>157</sup>. On the one hand developing countries claim their resources are wrongfully taken under acts of biopiracy, where corporations and industrialized nations allegedly steal and commercialize genetic resources of other biologically

---

<sup>150</sup> Carr, p. 132.

<sup>151</sup> Linarelli, p. 423.

<sup>152</sup> Tejera, p. 971.

<sup>153</sup> Ibid., p. 974.

<sup>154</sup> Duffield (2001), p. 248.

<sup>155</sup> Laxman/Ansari, p. 109.

<sup>156</sup> McManis (1998), p. 255.

<sup>157</sup> Tejera, p. 972.

diverse countries, on the other hand it is a fact that developed countries benefit greatly from patenting biotechnology and claim that patent protection is vital to the advancement of science, technology, and global economic development<sup>158</sup>. While some developed countries see the CBD as harmful to the competitiveness of biotechnology corporations on the other hand many developing countries struggle to strengthen their position for the protection of their right to control access to their own countries biological resources<sup>159</sup>. On the one hand developing countries traditionally have been importers of innovation, on the other, with the growth of biotechnology, developing countries became exporters of biological resources and traditional knowledge, but without adequate recognition in the WTO agreements<sup>160</sup>. CBD provides the principles of equitable sharing and conservation of genetic resources whereas TRIPS presents the time-limited exclusive right to genetic resources<sup>161</sup>.

Many officials and scholars draw attention to the conflicting areas between the two agreements in recent years. For example, at the opening of the Ad Hoc Open - Ended Working Group on ABS meeting<sup>162</sup>, speaking on behalf of the Executive Director of the United Nations Environment Programme (UNEP), Mr. Klaus Töpfer addressed some significant points and said that “there are real contradictions in essential points between TRIPS and the CBD that had to be resolved, IPRs applied to life forms under TRIPS run counter to and did not support the objectives of the Convention and the private property regime established by the TRIPS Agreement would undermine implementation of the access and benefit-sharing provisions of the Convention”<sup>163</sup>.

Some conflicting issues are also presented correctly by Eugui<sup>164</sup>: TRIPS allows private rights to be granted over genetic resources that are subject to sovereign rights; TRIPS allows the granting of patents regardless of whether a particular invention uses or incorporates legally or illegally accessed genetic material or associated traditional knowledge (meaning without prior informed consent and benefit sharing). Similarly McManis<sup>165</sup> correctly expressed that on the one hand TRIPS seeks to strengthen IP protection in the developing world in

---

<sup>158</sup> Carr, p. 132.

<sup>159</sup> Carr, p. 132.

<sup>160</sup> Linarelli, p. 413.

<sup>161</sup> Rosendal, p. 89.

<sup>162</sup> UNEP/CBD/WG-ABS/3/7, 3 March 2005, para. 12 and 13.

<sup>163</sup> After Mr. Töpfer speech, UNEP Executive Director refused the speech as their formal position and stated that Mr. Töpfer does not represent or reflect the position of the Executive Director and UNEP and the speech was not the speech of the Executive Director of UNEP. See UNEP/CBD/WG-ABS/3/7, 3 March 2005, p. 3, deepnote.

<sup>164</sup> Eugui, p. 7.

<sup>165</sup> McManis, p. 548.



order to promote world trade, on the other hand CBD seeks international support for the conservation sustainable use, and guaranteed access to genetic resources in the developing world in return for a fair and equitable share of the benefits arising out of the utilization resources. Tejera<sup>166</sup> put forth correctly that while TRIPS Agreement aims to reduce distortions and impediments to international trade and provides individual ownership of property rights, whereas, the CBD aims to protect the biodiversity, biological resources, and indigenous knowledge. It may be asserted also that traditional knowledge is collectively held and generated while patent law treats inventiveness as an achievement of individuals<sup>167</sup>. While CBD recognizes TK, whereas TRIPS not.

In this sense, it is correctly stated by authors<sup>168</sup> that two agreement seems to present two conflicting visions of future global trade, in genetic resources. Carr sees that at the center of the biopiracy debate there are two international agreements. According to him, instead of resolving the concerns of both sides, in some ways these agreements have only widened the gap between them<sup>169</sup>. McManis<sup>170</sup> maintained that TRIPS and the CBD seems to expose fault lines and divides the developed world and developing world. Tejera<sup>171</sup> argues that TRIPS must be amended according to the CBD objectives.

It is most probably to maintain that the most important articles in CBD when reviewing the relationship between two agreements is Art. 15 para 4 and 5. It is stated in these two paragraph that "access, where granted, shall be on mutually agreed terms and subject to prior informed consent of the Contracting Party providing such resources, unless otherwise determined by that Party." So according to these provisions access to sources can only be in mutual terms and subject to prior informed consent. The provisions on access to genetic resources and the equitable sharing of the benefits of their utilization, constitute an essential elements of the CBD<sup>172</sup>. Indisputably, in many areas TRIPS Agreement affects the fulfillment of the CBD such as; the placement of private rights over public rights; the recognition of patents and other IPRs using genetic resources and TK without prior informed consent and benefit sharing<sup>173</sup>.

It has been mentioned when examining the national – based approach that they are based their view on contractual agreements. Mutual agreements is not

---

<sup>166</sup> Tejera, p. 971 – 984.

<sup>167</sup> Dutfield (2001), p. 254.

<sup>168</sup> McManis (1998), p. 255; Ewens, p. 302 - 303.

<sup>169</sup> Carr, p. 132.

<sup>170</sup> McManis, p. 548. Also see Carr, p. 132.

<sup>171</sup> Tejera, p. 984.

<sup>172</sup> Rosendal, p. 81.

<sup>173</sup> Eugui, p. 1.

problem for also the supporter of that view and also it is compatible to the TRIPS. But the most problem is derived from the obligation of prior informed consent. According to Oliva and Perrault “prior informed consent is a pre-requisite to ensuring environmentally sound access to genetic resources, moreover, the lack of prior informed consent actually impedes the fulfilment of the objectives of the CBD<sup>174</sup>”. Also it has been maintained by the same authors that “prior informed consent is particularly significant in the context of access to genetic resources because of concerns about companies, research institutions, other entities, and individuals acquiring and using genetic resources and traditional knowledge from biodiversity - rich countries without the knowledge and permission of rightful owners<sup>175</sup>”. It is the same arguments which the TRIPS disclosure requirements supporters were said, to prevent these misappropriation TRIPS is needed to be amended as to be alike to CBD. Bearing in mind, there is no reference to the prior informed consent in TRIPS.

It has indicated in one work that “the relationship between provisions of TRIPS and the CBD has given rise to different opinions, ranging from perfect harmony to collision and this collision has been associated with possible granting of IPRs, based on or consisting of genetic resources, without observing the prior informed consent and benefit sharing obligations established by CBD<sup>176</sup>”.

To conclude this part, this paper’s author shares Rosendal<sup>177</sup> view that while CBD’s core principle is equitable sharing of biotechnological use of genetic resources which an essential element of biodiversity conservation, whereas the TRIPS’ aim is to strengthen and harmonize IPRs in all technological fields, including biotechnology, TRIPS seems hardly compatible with the CBD.

In conclusion in our view that two agreements are in clear conflict, and also it can not be said that they are in mutual supportiveness. It is most probably to achieve mutual supportiveness between two agreements and end the conflict, TRIPS should be amended as to ensure the protection of traditional knowledge, recognition of sovereign rights over genetic resources by states and obligation of prior informed consent. If TRIPS is amended according to CBD Art.15; then to grant a patent, other than the requirements of novelty, inventive step and

---

<sup>174</sup> **Oliva, Maria Julia / Perrault, Ann**, “Prior Informed Consent And Access To Genetic Resources”, Chouhena – Rojas, Martha/Muller, Manuel Ruiz/Vivas, David/Winkler, Sebastian (Editors) (2005), Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between The WTO TRIPS Agreement and the CBD, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK and ICTSD, Geneva, Switzerland, <[http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements\\_Nov2005.pdf](http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements_Nov2005.pdf)> l.a.d. 15.03.2019, n. 4, above, p. 18.

<sup>175</sup> Ibid.

<sup>176</sup> **Roffe/Melendez-Ortiz/Bellmann and others**, p. 404.

<sup>177</sup> **Rosendal**, p. 93.

industrial application, the principles of Article 15 (recognition of sovereign rights over genetic resources; access based on prior informed consent; access and benefit sharing based on mutually agreed terms; joint research activities over genetic resources) of the CBD shall be followed<sup>178</sup>.

## B. POSSIBILITY OF COMPROMISE

In an attempt to reconcile the two agreements, developing countries have proposed from the beginning an amendment that would require disclosure of genetic source and origin in patent applications<sup>179</sup>. It is said that ABS through a new disclosure requirement in the patent laws is one of the leading subject in many developing countries<sup>180</sup>. The concept of a new disclosure requirement means that patent applicants must disclose in their patent applications the source of any genetic resources for claiming invention, evidence of prior informed consent and evidence that the genetic resources which obtained according to mutually agreed terms<sup>181</sup>. If the patent applicant does not comply with these said within the set time limit, the designated office may refuse the application or consider it withdrawn on the grounds of this non – compliance<sup>182</sup>.

It is indicated that industrialized countries currently have disclosure requirements in their patent systems<sup>183</sup>. Many developing countries in Latin America, the Caribbean region, Asia and Africa generally favor the idea of a new disclosure requirement and although USA and Japan oppose such proposal of disclosure requirement, maybe not same as the developing countries, Switzerland and the EU have begun to support new disclosure requirements<sup>184</sup>.

Indeed, in 18 July 2008, Brazil, the European Communities, India and Switzerland submitted the text of draft modalities<sup>185</sup> for consideration by Ministers for TRIPS related issues with support of many countries<sup>186</sup> in WTO. According to draft, members agree to amend the TRIPS agreement to include a mandatory requirement for the disclosure of the country providing/source of genetic resources, and/or associated TK for which a definition will be agreed, in patent

---

<sup>178</sup> Eugui, p. 3.

<sup>179</sup> Carr, p. 132 and 140.

<sup>180</sup> Keating, p. 525.

<sup>181</sup> Keating, p. 526 and Carr, p. 140.

<sup>182</sup> [IP/C/W/423](#), 14 June 2004, para. 25.

<sup>183</sup> Keating, p. 526.

<sup>184</sup> Keating, p. 541.

<sup>185</sup> TN/C/W/52, 19 July 2008 (Draft Modalities For TRIPS Related Issues).

<sup>186</sup> Communication from Albania, Brazil, China, Colombia, Ecuador, the European Communities, Iceland, India, Indonesia, the Kyrgyz Republic, Liechtenstein, the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Pakistan, Peru, Sri Lanka, Switzerland, Thailand, Turkey, the ACP Group and the African Group. See the text TN/C/W/52.

applications<sup>187</sup>. Therefore without completion of the disclosure requirement patent applications will not be processed<sup>188</sup>.

As it is seen that new disclosure requirement proposal is supported by many countries. Other than especially USA and Japan position, there is a possibility to compromise between TRIPS and CBD. In this author view that, Draft Modalities For TRIPS Related Issues can be addressed as a first step for a compromise between TRIPS and CBD. If there is sufficient negotiations take place, there is not going to be any obstacle for genetic resources and TK protected in CBD, to be included in the scope of international IP protection by TRIPS. Lastly, in this author view that this draft is on the one hand an “attempt to ease the developing countries fear of biopiracy by increasing transparency regarding the use of genetic resources and responsibility to share benefits of their use<sup>189</sup>, on the other hand a way out to continue supporting the IP rights and standardization in the area of biotechnology. Because many developing countries in WTO object fundamentally to some TRIPS provisions and assert that the TRIPS obligations are either inappropriate or too protective of categories of IP that favour established interests in developed countries<sup>190</sup>, this draft may be seemed as a starting point for revising the TRIPS article 27.

## CONCLUSION

It has been clearly seen that there is a comprehensive work and discussion regarding the issue of reviewing the relationship of TRIPS and CBD in the WTO Council. Doha Ministerial Declaration instructed the Council to examine the relationship between two agreement and the examination process has been well done and still continue. The work (examination) is based on the WTO members arguments which they present with documents and orally to the Council. It can be understood from above that arguments regarding the issue mainly divided in two different aspect of views.

First view which mostly supported by developed countries maintains that there is no conflict between two agreements, they are mutually supportive agreements and such issues as obligation of prior informed consent and benefit sharing can be provided best with contractual agreements between provider and user which is named contract - based approach. The second view which mostly developing countries supports (except EC Mandatory Approach and Swiss PCT

---

<sup>187</sup> See TN/C/W/52, para. 4.

<sup>188</sup> See TN/C/W/52, para. 5.

<sup>189</sup> Carr, p. 141.

<sup>190</sup> Linarelli, p. 435.

approach) admits generally that there is a conflict between two agreements and there is an urgent need for an amendment which will ensure the TRIPS be compatible with some of the CBD's provision such as providing prior informed consent and equal benefit sharing.

This work shows that there is still continuing discussion within TRIPS members and also CBD members. These discussions put forth that some developed countries like USA disregards the objectives of the CBD and there is a clear need to incorporate those objectives into the text of the TRIPS Agreement<sup>191</sup>. While there is comprehensive and clear work regarding the issue, there is not clear conclusion. Why it is not clear is that because neither approach is alone sufficient to solve the problem. As it has been correctly pointed out by one author<sup>192</sup> that "the patent system is not operating appropriately if it only recognises the rights of those who have generated an invention by using inputs and knowledge provided by others and infringing their property rights. In other words, the patent system should not validate misappropriation nor should it encourage research and innovation at any price". There should be an approach which ensure incentiviveness of innovation and at the same time providing equal benefit sharing and preventing the misappropriation.

It is quite right to state that regarding the area of the IP rights for genetic resources, CBD and TRIPS seems to divide the global community instead of unite<sup>193</sup>. It is true that mainly two agreements are two different agreement, but especially the provisions which are about prior informed consent and benefit sharing (and also provisions about protection of the traditional knowledge) in CBD are not quite in mutually supportiveness with TRIPS. These provisions in CBD certainly related with the IPRs, namely, related with some of the TRIPS provisions (such as Article 27 3(b)).

In this author view that it is difficult to assert that there is not any conflict between TRIPS and CBD, in fact there is a real and clear need to reconcile some of the provisions of the two agreements. In other words, some of the articles regarding the issue of this work of two agreements are in clear conflict, and also it can not be said that they are in mutual supportiveness. It is most probably to achieve mutual supportiveness between two agreements and end the conflict,

---

<sup>191</sup> **Eugui**, p. 1.

<sup>192</sup> **Venero, Begoña**, "Addressing The Disclosure Requirement At The International Level: The Role Of The TRIPS Agreement", Chouchena – Rojas, Martha/Muller, Manuel Ruiz/Vivas, David/Winkler, Sebastian (Editors) (2005), Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between The WTO TRIPS Agreement and the CBD, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK and ICTSD, Geneva, Switzerland, <[http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements\\_Nov2005.pdf](http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements_Nov2005.pdf)> l.a.d. 15.03.19, n. 4, above, p. 29.

<sup>193</sup> **Carr**, p. 152.

TRIPS should be amended as to ensure the protection of traditional knowledge, recognition of sovereign rights over genetic resources by states and obligation of prior informed consent.

Draft Modalities For TRIPS Related Issues can be addressed as a first step for a compromise between TRIPS and CBD. If there is sufficient negotiations take place, there is not going to be any obstacle for genetic resources and TK protected as in CBD, to be included in the scope of international IP protection by TRIPS.

Lastly regarding the question of which is the appropriate forum, our answer is WTO because of it's global function.

## REFERENCES

- Addor, Felix**, “Switzerland’s Proposals For Disclosure Of The Source Of Genetic Resources And Traditional Knowledge In Patent Applications; And Views On Prior Informed Consent And Benefit Sharing In Patent Applications”, Chouchena – Rojas, Martha/Muller, Manuel Ruiz/Vivas, David/Winkler, Sebastian (Editors) (2005), Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between The WTO TRIPS Agreement and the CBD, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK and ICTSD, Geneva, Switzerland, <[http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements\\_Nov2005.pdf](http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements_Nov2005.pdf)> I.a.d. 15.03.2019, p. 35 – 40.
- Carr, Jonathan** (2008), “Agreements that Divide: Trips vs. CBD and Proposals for Mandatory Disclosure of Source and Origin of Genetic Resources in Patent Applications”, Journal of Transnational Law & Policy, V: 18, I: 1, Fall, p. 131 – 154.
- CBD Documents: Ad Hoc Open - Ended Working Group on Access and Benefit Sharing Meeting:** UNEP/CBD/WG-ABS/3/7, 3 March 2005.
- Chen, Lyan, Forbes**, “The Most Profitable Industries in 2016”, <<https://www.forbes.com/sites/liyanchen/2015/12/21/the-most-profitable-industries-in-2016/#51e4d3b75716>> I.a.d. 19.02.2019.
- Chouchena – Rojas, Martha/Muller, Manuel Ruiz/Vivas, David/Winkler, Sebastian** (Editors) (2005), Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between The WTO TRIPS Agreement and the CBD, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK and ICTSD, Geneva, Switzerland, <[http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements\\_Nov2005.pdf](http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements_Nov2005.pdf)> I.a.d. 15.03.2019.
- Communications - WTO Members:** African Group IP/C/W/404, IP/C/W/206; Brazil IP/C/W/228; Brazil and India IP/C/W/443; European Community IP/C/W/383; India IP/C/W/198 IP/C/W/195; Switzerland IP/C/W/433, IP/C/W/423; United States IP/C/W/434, IP/C/W 257, IP/C/W/209, IP/C/W/162, IP/C/W/449
- Cottier, Thomas/Panizzon, Marion** (2008) “Legal Perspective On Traditional Knowledge: The Case For Intellectual Property Protection”, Journal of Intenational Economic Law, V: 7, I: 2, February, p. 371 - 399.
- Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – Minutes of Meeting:** IP/C/M/29; IP/C/M/37/Add., 1; IP/C/M/39; IP/C/M/40; IP/C/M/42; IP/C/M/43; IP/C/M/44; IP/C/M/46; IP/C/M/47; IP/C/M/48; IP/C/M/49.
- Dutfield, Graham** (2001), “TRIPS - Related Aspects of Traditional Knowledge, Case Western Reserve Journal of International Law”, V: 33, I: 2, p. 233 – 275, (2001).
- Dutfield, Graham** (2002), “Sharing The Benefits Of Biodiversity Is There A Role For Patent System?”, The Journal of World Intellectual Property, V: 5, I: 6, November, p. 899 - 900, (2002).

- Dutfield, Graham** (2004), *Intellectual Property Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, London, Earthscan.
- Eugui, David Vivas** (2002), *Issues Linked To The Convention On Biological Diversity In The WTO Negotiations: Implementing Doha Mandates*, July, Geneva, Centre For International Environmental Law (CIEL), <[http://www.ciel.org/Publications/Doha\\_CBD-10oct02.pdf](http://www.ciel.org/Publications/Doha_CBD-10oct02.pdf)> I.a.d. 18.03.2019.
- Eugui, David Vivas/Ruiz, Manuel**, “Toward An Effective Disclosure Mechanism: Justification, Scope and Legal Effects”, Chouchena – Rojas, Martha/Muller, Manuel Ruiz/Vivas, David/Winkler, Sebastian (Editors) (2005), *Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between The WTO TRIPS Agreement and the CBD*, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK and ICTSD, Geneva, Switzerland, <[http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements\\_Nov2005.pdf](http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements_Nov2005.pdf) > I.a.d. 15.03.2019, p. 23 – 28.
- Ewens, Lara E.** (2000), “Seed Wars: Biotechnology, Intellectual Property, and the Quest for High Yield Seeds”, *Boston College International & Comparative Law Review*, V: 23, I: 2, p. 285 – 310.
- Jeffery, Michael I.** (2002), “Bioprospecting: Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing under the Convention on Biodiversity and the Bonn Guidelines”, *Singapore Journal of International & Comparative Law*, V: 2002, I: 6, p. 747 – 808.
- Keating, Dominic** (2005), “Access to Genetic Resources and Equitable Benefit Sharing through a New Disclosure Requirement in the Patent System: An Issue in Search of a Forum”, *Journal of Patent & Trademark Office Society*, July, V: 87, p. 525 – 547.
- Laxman, Lekha/Ansari, Abdul Haseeb** (2012), “The Interface Between TRIPS and CBD: Efforts Towards Harmonization”, *Journal of International Trade Law and Policy*, V: 11, I: 2, p. 108 – 132.
- Linarelli, John** (2002), “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and Biotechnology: European Aspects”, *Singapore Journal of International & Comparative Law*, V: 2002, I: 6, p. 406 – 435.
- McManis, Charles R.** (2003), “Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge Protection: Thinking Globally, Acting Locally”, *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, V: 11, p. 547 – 583.
- McManis, Charles R.** (1998), “The Interface between International Intellectual Property and Environmental Protection: Biodiversity and Biotechnology”, *Washington University Law Quarterly*, V: 76, I: 1, p. 255 – 279, (1998).
- Oliva, Maria Julia / Perrault, Ann**, “Prior Informed Consent And Access To Genetic Resources”, Chouchena – Rojas, Martha/Muller, Manuel Ruiz/Vivas, David/Winkler, Sebastian (Editors) (2005), *Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between The WTO TRIPS Agreement and the CBD*, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK and ICTSD, Geneva, Switzerland,



<[http://www.ciel.org/Publications/Disclosure\\_Requirements\\_Nov2005.pdf](http://www.ciel.org/Publications/Disclosure_Requirements_Nov2005.pdf)> I.a.d. 15.03.2019, p. 17 – 20.

**Roffe, Pedro / Melendez-Ortiz, Ricardo / Bellmann, Christophe / Chamay, Marie and others** (2005), Resource Book On TRIPS and Development: An Authoritative And Practical Guide To The TRIPS Agreement (UNCTAD - ICTSD capacity building Project on IPR's), 1st Edt., USA, Cambridge University Press, <<http://www.iprsonline.org/unctadictsd/ResourceBookIndex.htm>> I.a.d. 18.03.2019.

**Rosendal, G. Kristin** (2006), "The Convention on Biological Diversity: Tensions with the WTO TRIPS Agreement over Access to Genetic Resources and the Sharing of Benefits", Oberthür, Sebastian, Gehring, Thomas (Editors), Institutional Interaction in Global Environmental Governance, Synergy and Conflict among International and EU Policies, Cambridge, The MIT Press, p. 79 – 101.

**Stoll, Peter - Tobias / von Hahn, Anja** (2003), "Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law", von Lewinski, Silke (Editor), *Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, 1st. edt.

#### **Table of Statues:**

Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement (TRIPS)

Convention on Biological Diversity (CBD)

**Tejera, Valentina** (1999), "Tripping over Property Rights: Is It Possible to Reconcile the Convention on Biological Diversity with Article 27 of the TRIPS Agreement", *New England Law Review*, V: 33, I: 4, Summer, p. 967 – 987.

**TRIPS Council Secretariat** "The relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity –Summary of Issues raised and points made", (TRIPS Council Secretariat) (IP/C/W/368/Rev.1, February 2006), <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/ipcw368\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ipcw368_e.pdf)> I.a.d. 18.03.2019.

TN/C/W/52, 19 July 2008 (Draft Modalities For TRIPS Related Issues).

**Venero, Begoña** "Addressing The Disclosure Requirement At The International Level: The Role Of The TRIPS Agreement", Chouchena – Rojas, Martha/Muller, Manuel Ruiz/Vivas, David/Winkler, Sebastian (Editors) (2005), *Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between The WTO TRIPS Agreement and the CBD*, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK and ICTSD, Geneva, Switzerland, <[http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements\\_Nov2005.pdf](http://www.ciel.org/Publications/DisclosureRequirements_Nov2005.pdf)> I.a.d. 15.03.2019, p. 29 – 32.

**WIPO Documents:** WIPO/GRTKF/IC/8/11, (17 May 2005), PCT/R/WG/4/13; PCT/R/WG/5/11/Rev.

**WTO** (2001), The Doha Ministerial Declaration, Ministerial Conference Fourth Session, Doha 9 - 14 November, WT/MIN(01)/DEC/1.<[https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm)> l.a.d.15.03.2019.

**WTO Documents** (Log in for all WTO documents, Documents online search facility <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S001.aspx](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S001.aspx) > l.a.d. 18.03.2019.

## MAHKEME DIŞI BOŞANMA KURUMU VE TÜRK HUKUKUNUN BU KURUMA YAKLAŞIMI

\* Dr. iur. Merve ÜREM ÇETİNEL

\*\* Arş. Gör. Biset Sena GÜNEŞ

### ÖZET

Boşanma usulü konusunda son yıllarda yaşanan gelişmelerden en önemlisi, anlaşmalı olarak gerçekleştirilmek istenen boşanmalarda eşlere mahkeme dışında, idari makamlar önünde boşanma imkânının verilmiş olmasıdır. Her ne kadar kamu düzeni ve özellikle boşanma sürecinde eşlerin ve çocukların korunması gerektiği düşüncesiyle aleyhinde görüşler ileri sürülmüş olsa da mahkeme dışı boşanma kurumu, mahkemelerin iş yükünü azaltması, eşleri yüksek mahkeme ve avukatlık ücretlerinden kurtarması ve boşanma sürecini hızlandırması gibi sebeplerle uygulaması günden güne artan bir kurumdur. Özellikle Avrupa Birliği ülkelerinin bazılarında son yıllarda bu yönde yasal değişiklikler yapıldığı görülmektedir. Buna karşılıklı mahkeme dışı boşanma kurumu aile hukuku ilişkilerinin kamu düzenini yakıdan ilgilendirmesi ve boşanma sürecinde hâkimin rolü nedeniyle Türk hukukunda kabul görmemektedir. Ancak ülkemizde gerçekleştirilen boşanmaların önemli bir kısmının anlaşmalı olarak geçtiği göz önüne alındığında, sağladığı avantajlar nedeniyle ileride doğru bir yasal düzenleme ile bu kurumun Türk hukukunda da kabul edilebileceği düşünülebilir. Bu çalışma mahkeme dışı boşanma kurumunu bazı ülke hukuklarından örneklerle ele almakta ve bu kurum karşısında Türk hukukunun mevcut yaklaőımını ortaya koymayı amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Aile hukuku, boşanma, anlaşmalı boşanma, mahkeme dışı boşanma, idari makam önünde boşanma.

\* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, E-mail: merve.cetinel@medeniyet.edu.tr (ORCID ID: 0000-0002-4710-6545).

\*\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, E-mail: bsgunes@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-8390-6761. (Geliş Tarihi: 15.10.2019 – Kabul Tarihi: 11.12.2019).

## OUT-OF-COURT DIVORCE AND THE APPROACH OF TURKISH LAW TOWARDS IT

### ABSTRACT

The most important development regarding divorce procedure in recent years is that couples have been enabled to divorce out of court, i.e. before administrative authorities, in consensual divorces. Even though there are views against it by virtue of the *ordre public* consideration and especially by virtue of the consideration that couples and children need to be protected during the divorce process, out-of-court divorce is a phenomenon whose practice is increasing from day to day, since it reduces the caseload before courts, it saves parties from heavy court and attorney fees and it expedites the divorce process. It is seen that legal amendments have been made in this regard particularly in some of the European Union Member States. However, out-of-court divorce is not accepted under Turkish law due to the fact that family relationships are of particular concern to the *ordre public* and due to the role of the judge in the divorce process. Nevertheless, considering the fact that a substantial part of divorces happening in our country is consensual, out-of-court divorce could also be adopted under Turkish law with a well-drafted legal arrangement in the future because of the advantages it provides. This paper focuses on the concept of out-of-court divorce through examples from different legal systems and aims to propound the current approach of Turkish law towards it.

**Keywords:** Family law, divorce, consensual divorce, out-of-court divorce, divorce before administrative authorities.

## GİRİŞ

Boşanma kurumunun ülkeden ülkeye değişen çok farklı düzenlemelere konu olduğu noktasında tereddüt bulunmamaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde tek taraflı irade beyanıyla (*genellikle kocanın iradesi*) boşanmaya imkân sağlayan dini nitelikli boşanma kurumu uzun yıllardan beri geçerliliğini korurken, bir kısım hukuk sistemlerinde ise boşanmanın yasaklandığı ya da çok ağır şartlara bağlandığı bir sistemden boşanmanın oldukça kolaylaştığı ve reforme edildiği bir sisteme geçilmiştir. Son yıllarda yaşanan ve “*boşanma hukukunun özelleştirilmesi (Privatisierung des Scheidungsrechts)*”<sup>1</sup> olarak adlandırılan bu reformlar özellikle iki açıdan söz konusu olmuştur. Bunlardan ilki, maddi hukuk kuralları içerisinde yapılan değişikliklerle boşanma sebepleri konusunda irade serbestisi tanıyan anlaşmalı boşanma kurumunun yerleşmesi şeklinde olmuştur. Bu alanda yapılan ikinci büyük reform ise boşanma usulü açısından olup boşanma konusunda anlaşmaya varan eşlere mahkemeye gitmeden, idari makamlar önünde boşanma hakkının tanınması olarak ortaya çıkmıştır. Aynı şekilde bazı hukuk sistemlerinde boşanma kaynaklı uyumsuzluklara ilişkin olarak arabuluculuk ve tahkim gibi uyumsuzluk çözüm yöntemlerine başvuru imkânı da kabul edilmiştir.<sup>2</sup>

Bu reformlardan özellikle maddi hukuk açısından Türk hukuku da etkilenecek, İslam hukukuna dayalı tek taraflı bir boşanma anlayışından<sup>3</sup> modern

<sup>1</sup> **Brä, Verena** (2002) "Privatisierung des Scheidungsrechts - ein Holzweg?": Geiser, Thomas/Koller, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Professor Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag: Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Bern, Stämpfli Verlag, s. 205 vd.

<sup>2</sup> Boşanma usulü konusunda yabancı hukuk sistemlerinde yaşanan önemli gelişmelerden bir tanesi de teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan “*dijital boşanma (digital divorce)*” usulüdür. Bu usule göre eşler boşanma sürecine ilişkin bilgi, belge ve anlaşmaları bir dijital platforma kaydetmektedirler. Süreç sonunda tarafların bir araya gelmesine gerek olmaksızın boşanma kararına hükmedilmesi anlamına gelen bu boşanma usulü ile boşanma sürecinin hızlanması, uzayan boşanma süreci sebebiyle eşlerin yıpranmasının önlenmesi ve boşanma masraflarının azaltılması amaçlanmıştır. Dijital boşanma yoluyla boşanmaya hükmedilebilmesi için eşlerin ortak çocuklarının velayeti ve bakımı ile ortak malları konusunda anlaşmış olmaları şarttır. Avrupa ülkelerinden Birleşik Krallık ve Hollanda’da kabul edilen bu boşanma usulü Almanya’da da tartışılmaya başlanmıştır. Dijital boşanmalar hakkında bkz. **Güneş Peschke, Seldağ** (2018) “Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları”, *Kadem Kadın Araştırmaları Dergisi*, C:4, S:1, s. 121-146, <<http://kadinrastirmalari.kadem.org.tr/wp-content/uploads/2018/08/7.pdf>> s.e.t. 06.10.2019.

<sup>3</sup> Modern hukuktaki boşanma usullerinden önce uygulanmaya başlayan farklı dinler için farklı boşanma usullerinin var olduğunu bilmekteyiz. Buna göre adli boşanmalardan çok daha öncesinde dini boşanmaların var olduğunu söyleyebiliriz (*örneğin; Musevi dininde “get”/“geth” olarak adlandırılan boşanmalar*). Mahkeme dışı boşanmanın güncel hukuk sistemimizde uygulanması bulunmamakla birlikte, İslam hukukunda ve İslam hukukunun etkisi altındaki Osmanlı Devletinde mahkeme dışı boşanmanın örneklerini bulabilmekteyiz: “*talak*” ve “*kuhl*”. İslam hukukunda kocaya tek taraflı beyanıyla (*üç kez “boş ol” demesiyle*) ve mahkemeye gitmesine gerek olmaksızın evlilik birliğinin sonlandırma hakkı tanınmıştır. “*Talak yoluyla boşanma*” adı verilen bu boşanma türünde kendisine mahkeme görevi de yüklenen kadı, idari makamların katılımı olmaksızın gerçekleştirilen bu boşanmaları şerh etmektedir. Kadının şerh ettiği belge ise mahkeme hükmü gibi kabul görmektedir. Bkz. **Saymen, Ferit H.** (1950) *Aile Hukuku Dersleri*, 1949-1950 yılı takrirleri, İstanbul, Teksir

boşanma sistemine geçiş yapılmış ve hatta taraf iradelerine üstünlük tanıyan anlaşmalı boşanma kurumu kabul edilmiştir. Boşanma usulü açısından yaşanan gelişmeler ise bir dönem tartışılmış olmasına rağmen Türk hukukunda henüz karşılık bulmamıştır<sup>4</sup>.

Alman hukukunda ve mehz İsviçre hukukunda olduğu gibi<sup>5</sup> hukukumuzda da evliliğin hâkim kararıyla son bulması esastır<sup>6</sup>. Buna rağmen farklı ülke-

İşleri, s. 20; **Velidedeğlu, Hıfzı Veldet** (1954) Türk Medeni Kanununa Göre Medeni Hukuk, Başlangıç- Şahıslar, Aile, Miras ve Eşya Hukuku (Aynı Haklar), İstanbul, İstanbul Matbaacılık, s. 153; **Erdem, Bahadır** (2006) “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü”: Şıpka, Şükran/Şensöz, Ebru/Şenol, Ayşe Nilay/Özbilen, Arif Barış (Editörler), Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri 18-20 Kasım 2005, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, s. 156; **Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer** (2006) Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 27-28; **Eksi, Nuray** (2012) Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 42; **Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2019) Aile Hukuku, 21. Baskı, C:2, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 235-236, 238-239.

İslam hukukunda bir diğer boşanma türü ise, “*hul*”dur (*khul*, *kula*). Bu boşanma tipinde kadın kocaya boşanma talebini iletmekte ve boşanma için kocanın bu teklifi kabulü gerekmektedir. Burada evliliklerini sürdürmeyeceklerine inanan kadın ve erkeğin anlaşarak boşanması söz konusudur. Fakat kadının boşanmayı istemesi, evlenme sözleşmesinde kadının erkeği boşayabileceğinin koca tarafından kabul edildiğinin yer alması şartıyla (*tevfiz-i talak*) mümkün olacaktır. Boşanma halinde evlenme esnasında verilmiş “*mehir*”in kocaya geri verilmesi gerekmektedir. Hul boşanma hakkında bkz. **Saymen**, s. 20; **Velidedeğlu**, s. 153; **Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim** (1985/1986) Aile Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 150; **Eksi**, s. 43. İslam hukukunda anlaşmalı boşanma için bkz. **Özdemir, Nevzat** (2003) Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 11-12. Hukukumuzda boşanmaların kazai niteliği (*hâkim hükmüyle sona ermesi*) dikkate alındığında Türkiye’de talak ile boşanmanın adli boşanmalarla aynı sonucu doğuracağı kabul edilemeyecektir.

<sup>4</sup> **Eksi**, s. 77. Ancak belirtimeldir ki son yıllarda yabancı hukuk sistemlerinde yaşanan bu gelişmelerden özellikle boşanma usulüne ilişkin olarak yaşanan gelişmeler dikkate alınarak yabancı ülkelerden alınmış idari nitelikte boşanma kararlarının Türkiye’de nüfus kütüğüne tescil edilebilmesi iki yasal düzenleme ile mümkün hale getirilmiştir. Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge m. 10(3) uyarınca mavi kartlılar kütüğüne kayıtlı kişilerin vatandaş bulundukları ülke makamlarından almış oldukları karar ve idari belgeler, usulüne göre tasdik edilmiş ve onaylanmış doğrudan nüfus kütüğüne tescil edilebilecektir. Aynı şekilde 2017 yılında 690 sayılı Kanun Hükmünde Karamame m. 4 ile Nüfus Hizmetleri Kanunu’na eklenen m. 27/A uyarınca da yabancı ülkelerde idari makamlarca verilen boşanma kararları belirli şartların gerçekleşmesi halinde doğrudan nüfus kütüğüne tesciline olanak sağlanmıştır. Bu konuda, özellikle Nüfus Hizmetleri Kanunu’ndaki düzenleme bakımından yapılan değerlendirmeler için bkz. **Huysal, Burak** (2017) “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili”, Milletlerarası Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C:37, S:2, s. 473-507, **Şensöz Malkoç, Ebru** (2017) Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 237 vd., **Tütüncübaşı, Uğur** (2017) “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Karamame İle Düzenlenen Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, S:2, s. 103-128, **Ayhan İzmirlil, Lale** (2018) “Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XXII, S:4, s. 67-126; **Tanrıbilir, Feriha Bilge** (2019) “Türk Hukukunda Yabancı Makamlarca Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler”, Doğan, Vahit/Ayhan İzmirlil, Lale/Yılmaz, Alper Çağrı (Editörler), Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 375-387.

<sup>5</sup> Bkz. Art. 111-134 ZGB; § 1564 BGB.

<sup>6</sup> Bkz. aşağıda “Boşanma Konusunda Mahkemenin Tek Yetkili Makam Oluşu” başlığı altındaki açıklamalar ve atıflar.

lerde giderek yaygınlaşan “mahkeme dışı boşanma” kurumunun incelenmesi, boşanma kurumu konusunda yaşanan bu gelişmelerin ve hukukumuzun bu gelişmeler karşısındaki durumunun ortaya konması açısından önemlidir. Bu nedenle bu çalışmada pek çok ülke hukukunda yer bulan mahkeme dışı boşanma kurumu Türk hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Çalışmamızda “mahkeme dışı boşanma” kavramı ile eşlerin mahkemeye başvurmaksızın, boşanma ve boşanmanın sonuçları konusunda anlaşarak mahkeme hariç başkaca yetkili makam önünde evlilik birliğini sona erdirmeleri ifade edilmek istenmektedir. Bu boşanma türünde çoğu zaman eşlerin üzerinde mutabık kaldıkları boşanma anlaşmasını bir idari makam (*mesela belediye başkanı veya noter*) huzurunda imzalamaları yeterli olmaktadır<sup>7</sup>. Dolayısıyla bu usulde eşler dostane şekilde anlaşarak, ancak mahkeme kararı olmaksızın evlilik birliğini sona erdirmektedir. Öğretide bu kurumu ifade etmek üzere “adli olmayan boşanma”<sup>8</sup>, “idari makam önünde/idari makamın katılımı ile boşanma (*Scheidung vor einer Behörde/Scheidung unter Mitwirkung von einer Behörde*)”<sup>9</sup>, “özel boşanma (*Privatscheidung*)”<sup>10</sup> veya “mahkemesiz boşanma (*Scheidung ohne Gericht*)”<sup>11</sup> gibi farklı isimler kullanılmasına rağmen, çalışmamızda Alman öğretisinde sıklıkla tercih edilen “mahkeme dışı boşanma (*außergerichtliche Scheidung*)”<sup>12</sup> kavramını kullanmayı uygun görüyoruz.

Bu doğrultuda çalışmamızda, dini boşanma usulleri kapsam dışı bırakılarak, ilk olarak genel hatlarıyla mahkeme dışı boşanma kurumu hakkındaki görüşler üzerinde durulacak, ardından mahkeme dışı boşanma kurumuna ilişkin farklı ülke uygulamaları incelenecek, son olarak ise hukukumuzun bo-

<sup>7</sup> Mahkeme dışı boşanma hakkında farklı ülke uygulamaları hakkında bkz. **Eksi**, s. 39 vd.; **Huysal**, s. 476 vd.

<sup>8</sup> Bu yönde bkz. **Eksi**.

<sup>9</sup> **Rauscher, Thomas** (Hrsg.) (2018) Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., München, C.H. Beck, § 107, Rn. 26-28.

<sup>10</sup> **Ferrand, Frederique** (2017) “Stand des Scheidungsrechts in Frankreich”: **Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin** (Hrsg.), *Scheidung ohne Gericht?*, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag, s. 167; **Antomo, Jennifer** (2018), “Reformbedarf bei der Anerkennung von Privatscheidungen”, *NZFam*, s. 243 vd.; **Rauscher**, § 107, Rn. 26-28; **Heiderhoff, Bettina** (2019), Beck’scher Online Kommentar, Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), 50. Edition 01.02.2019, EGBGB Art. 17, Rn. 43-45.

<sup>11</sup> Bu yönde bkz. **Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin** (Hrsg.) (2017), *Scheidung ohne Gericht?*, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag.

<sup>12</sup> **Ferrand**, s. 172; **Ferrer-Riba, Josep** (2017) “Stand des Scheidung in Spanien”: **Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin** (Hrsg.), *Scheidung ohne Gericht?*, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag, s. 122, 142; **Nomer, Ergin** (2017) *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 260; **Patti, Salvatore** (2017) “Stand des Scheidungsrecht in Italien”, **Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin** (Hrsg.), *Scheidung ohne Gericht?*, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag, s. 105 vd.

şanma konusuna yaklaşımı ve anlaşmalı boşanma kurumunun özellikle hâkimin denetimi boyutu ele alınacaktır.

## I. GENEL OLARAK MAHKEME DIŞI BOŞANMA KURUMU HAKINDAKİ GÖRÜŞLER

Pek çok ülke hukukunda kabul edilen ve uygulaması son yıllarda giderek yaygınlaşmakta olan mahkeme dışı boşanma kurumu öğretide farklı yönlerden ele alınmaktadır.

Bir kısım yazarlar mahkeme dışı boşanma kurumunu olumlu olarak görmekte ve kurumun sağlayabileceği faydaları; boşanma konusunda dostane bir şekilde ortak karar almış eşlerin boşanma davası açarak aile mahkemelerinin iş yükünü arttırmalarının önüne geçmek ve dolayısıyla hâkimleri rahatlatmak<sup>13</sup>, eşleri yüksek mahkeme masraflarından ve avukatlık ücretinden kurtarmak<sup>14</sup> ve boşanma sürecini hızlandırmak<sup>15</sup> şeklinde saymaktadırlar. Aşağıda görüleceği üzere, mahkeme dışı boşanma kurumunu kabul eden ülkelerin çoğunda bu gerekçelerle boşanma usulü açısından böyle bir değişikliğe ihtiyaç duyulmuştur. Mahkeme dışı boşanma kurumunun söz konusu ülkelerde yerleşmesine olanak sağlayan ve aynı zamanda bu kurumun avantajları olarak görülen nedenlerden “*eşlerin avukatlık masraflarından kurtarılması*” gerekçesi bu boşanma usulünü kullanmak için eşlere avukatla temsil zorunluluğu getirilmesi halinde elbette dayanaktan yoksun kalmaktadır. Ancak avukatların katılımı, eşlerin yönlendirilmesi ve daha adil bir boşanma sürecinin gerçekleştirilmesi açısından önemlidir.<sup>16</sup> Dolayısıyla avukatların katılımının zorunlu kılınması mahkeme dışı boşanma kurumuna tamamen karşı çıkmak için tek başına bir gerekçe teşkil etmez.

Buna karşılık, öğretide çoğunlukla eşlerin ve özellikle çocukların korunması düşüncesine dayanarak mahkeme dışı boşanma kurumuna karşı çı-

<sup>13</sup> Şipka, Şükran (2007) “Hukuk Uyumsuzluklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın” Değerlendirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C:6, S:12, s. 170; Özbek, Mustafa Serdar (2016) Altematif Uyuşmazlık Çözümü, C:1, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 284 vd.; Dutta, Anatol (2017) “Stand des Scheidungsrechts in Deutschland”: Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag, s. 52-53; Ferrand, s. 171.

<sup>14</sup> İsviçre’de boşanma davasının yürütülmesi için avukatla anlaşma zorunluluğu bulunmadığına dikkat etmek gerekir. Bkz. Aebi-Müller, Regina/Ziegler, Lenka (2017) “Stand des Scheidungsrechts in der Schweiz”: Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag, s. 96.

<sup>15</sup> Bkz. aşağıda “Farklı Ülke Hukuklarında Mahkeme Dışı Boşanma Uygulamaları” başlığı altındaki açıklamalar ve atıflar.

<sup>16</sup> Aynı yönde bkz. aşağıda “Fransa” başlığı altındaki açıklamalar ve atıflar.



kan bir görüş de bulunmaktadır. Mahkeme dışı boşanma kurumunun bir boşanma usulü olarak kabul edilemeyeceğini savunan yazarlar, boşanma konusunda anlaşma sağlanmış olsa bile eşlerden birinin bu anlaşmanın tarafsız bir kişi veya kurum tarafından kontrol edilmesini isteyebileceğini düşünmektedirler<sup>17</sup>. Ayrıca bu görüş taraftarları, mahkeme dışı boşanmanın kabulü halinde eşlerin hızlıca karar vererek gerek kendilerinin gerekse çocuklarının ihtiyaçlarını gözetmeksizin hareket edebileceklerini ve bu anlamda esasen mahkemelerin bir kontrol mekanizması görevi gördüğünü ileri sürmektedirler<sup>18</sup>. Anılan sebeplerin yanı sıra boşanmanın kamu düzenini ilgilendirdiği<sup>19</sup>, dolayısıyla eşlerin yalnızca idari makam önünde irade açıklamaları sonucunda boşanmalarının kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir.

Türk hukukunda da kamu düzeni düşüncesiyle mahkeme dışı boşanma kurumuna karşı çekinceyle yaklaşılması gerektiği düşünülebilir. Ancak ülkemizde gerçekleştirilen anlaşmalı boşanmaların oranı ve bu boşanmalar açısından mahkeme dışı boşanma kurumunun sağlayacağı faydalar göz önüne alındığında ileride doğru bir hukuki düzenleme ile bu kurumun ülkemizde de kabul edilebileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle aşağıda öncelikle örnek teşkil etmesi açısından farklı ülke hukuklarında mahkeme dışı boşanma uygulamalarına değinmek, ardından da genel hatlarıyla Türk hukukundaki durumu incelemek gerekmektedir.

## II. FARKLI ÜLKE HUKUKLARINDA MAHKEME DIŞI BOŞANMA UYGULAMALARI

Çalışmamızın başında ifade ettiğimiz gibi mahkeme dışı boşanma kurumu bugün için pek çok ülke hukukunda kabul edilmiştir. Bu ülkeler arasında mahkeme dışı boşanma kurumu konusunda tarihsel olarak iki farklı ülke grubu söz konusudur<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Dutta, s. 52-53.

<sup>18</sup> Aebi-Müller/Ziegler, s. 79.

<sup>19</sup> Velidedeolu, s. 152, 157, 167; Şener, Esat (1977) “Medeni Kanununun Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975, C:2, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 234; Dutta, s. 53. Boşanmanın mali sonuçları ve çocukların velayeti konusunun kamu düzenini ilgilendirdiğine ilişkin bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 1989/10658, K: 1990/2000, T: 19.2.1990; Öztan, Bilge (2015) Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 696-698.

<sup>20</sup> Antoloskaia, Masha (2016) “Divorce Law in a European Perspective”: Scherpe, Jens (ed), European Family Law Volume III – Family Law in a European Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, s. 72-73.

Bunlardan ilkinde mahkeme dışı boşanma kurumu uzun yıllardır uygulanan bir gelenektir<sup>21</sup>. İskandinav ülkelerinden Danimarka, Norveç ve İzlanda'da uygulanan<sup>22</sup>, “*İskandinav usulü*”<sup>23</sup> olarak adlandırılabilen bu usul, boşanma kurallarının katılığı ve boşanmanın ancak eşlerin evliliğe ilişkin yükümlülüklerini ciddi şekilde ihlal etmeleri sonucunda mümkün olabilmesi gibi nedenlerle uygulamada kralların boşanmaya karar vererek bu kuralları esnetmeleri sonucunda ortaya çıkmıştır<sup>24</sup>. Gerçekten de Kuzey Avrupa ülkeleri yirminci yüzyıl boyunca anlaşmalı boşanmanın kabul edilmesi ve ataerkil toplum yapısının değiştirilmesi konusunda öncülerden olmuşlardır. Bu ülkelerde aile sistemi, diğer ülkelerdekine aksine toplumun sosyal ve ekonomik güvenliği için gerekli olarak değil, aksine kişisel özgürlüğün, bağımsızlığın, cinsiyet eşitliğinin ve refah devletinin önemini ortaya koyan bir yapı olarak görülmektedir<sup>25</sup>. Bu nedenle bu ülkelerde mahkeme dışı boşanma kurumunun ortaya çıkışının zor olduğu söylenemez.

İkinci grup ülkelerde ise mahkeme dışı boşanma kurumu, boşanma hukukunun adli alandan çıkarılması sürecinin bir parçası olarak uygulanmaya başlamıştır<sup>26</sup>. “*Rus usulü*” olarak adlandırılabilen bu ikinci usul, devletin boşanma üzerindeki kontrolünü azaltmak amacıyla 1920’li yıllarda aile hukukunda yapılan büyük reformlarla Rusya’da ortaya çıkmıştır<sup>27</sup>. Son yıllarda özellikle boşanma hukukunun adli alan dışına çıkarılması çalışmaları kapsamında bazı Avrupa Birliği ülkelerinde de mahkeme dışı boşanma kurumunun kabulü konusunda bir eğilim görülmektedir.

Mahkeme dışı boşanma kurumunun kabul edildiği ülkeler, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nün “*Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Tescili*” konulu ve 06.02.2019

<sup>21</sup> Schmidt, T. Svenné (1984) “The Scandinavian Law of Procedure in Matrimonial Causes”: Eekelaar, John M./Katz, Sanford N. (eds), *The Resolution of Family Conflict – Comparative Legal Perspectives*, Toronto, Butterworths, s. 97; Antoloskaia, s. 72.

<sup>22</sup> Schmidt, s. 97.

<sup>23</sup> Antoloskaia, s. 74.

<sup>24</sup> Schmidt, s. 78; Danielsen, Svend (1997) “The Scandinavian Approach: Administrative and Judicial Resolutions of Family Conflicts”: Meulders-Klein, Marie Thérèse (ed), *Familles et Justice*, Brüksel, Bruylant, s. 140; Antoloskaia, s. 73 dn. 186.

<sup>25</sup> Sandström Glenn /Gardarsdóttir, Ólöf (2018) “Long-Term Perspectives on Divorce in the Nordic Countries – Introduction”, *Scandinavian Journal of History*, V:48, I:1, s. 1-2.

<sup>26</sup> Andrup, Henrik/Buchhofer, Bernd/A. Ziegert, Klaus (1980) “Formal Marriage under the Crossfire of Social Change”: Eekelaar, John M./Katz, Sanford N. (eds), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Toronto, Butterworths, s. 38; Antoloskaia, s. 72.

<sup>27</sup> Antoloskaia, s. 74.

dağıtım tarihli yazısının 9. ekinde<sup>28</sup> yer alan listede açıkça görülmektedir. Bahsi geçen listeye göre bu ülkelerden bazıları şu şekildedir: Belarus (*ortak çocuk bulunmaması ve mal paylaşımında anlaşmazlık olmadığı durumlarda belediye, evlilik dairesi gibi evliliği gerçekleştiren kurumlar önünde boşanma*), Brezilya (*anlaşma olması ve çocuk bulunmaması halinde noterler önünde boşanma*), Çin Halk Cumhuriyeti (*anlaşma olması halinde evlendirme daireleri önünde boşanma*), Danimarka<sup>29</sup>, Fransa<sup>30</sup>, Gürcistan (*nüfus kayıt idarelerinde anlaşmalı boşanma*), İspanya<sup>31</sup>, İtalya<sup>32</sup>, Japonya (*belediye önünde anlaşmalı boşanma*)<sup>33</sup>, Kazakistan (*idari makamlar önünde anlaşmalı boşanma*), Moldova (*idari makamlar önünde anlaşmalı boşanma*), Norveç<sup>34</sup>, Özbekistan (*eşlerin çocuksuz olmaları ve anlaşmaları halinde idari makamlar önünde boşanma*), Romanya (*idari makamlar önünde anlaşmalı boşanma*), Rusya (*idari makam önünde anlaşmalı boşanma*)<sup>35</sup>.

Aşağıda mahkeme dışı boşanma konusunda farklı ülke hukuklarından bazı örnekler verilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda ilk grupta olan İskandinav ülkelerinden bu kurumu uzun yıllardan beri uygulayan ülkelerden olmaları nedeniyle kısaca Norveç ve Danimarka'daki düzenlemeler incelenecektir. Ardından ikinci grupta olan ve mahkeme dışı boşanma kurumunu son yıllarda yapılan reformlarla kabul etmiş olan ülkelere örnek olarak İngiltere ve İrlanda'daki düzenlemeler incelenecektir. Ayrıca bu çalışmada Avrupa Birliği hukuk sisteminin bu konudaki yaklaşımı da değerlendirilecektir.

<sup>28</sup> <<https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/06022019tarihli17983sayilitalimat.pdf>> s.e.t. 06.10.2019.

<sup>29</sup> Bkz. aşağıda "*Danimarka*" başlığı altındaki açıklamalar ve atıflar.

<sup>30</sup> Bkz. aşağıda "*Fransa*" başlığı altındaki açıklamalar ve atıflar.

<sup>31</sup> Bkz. aşağıda "*İspanya*" başlığı altındaki açıklamalar ve atıflar.

<sup>32</sup> Bkz. aşağıda "*İtalya*" başlığı altındaki açıklamalar ve atıflar.

<sup>33</sup> Japon Medeni Kanunu m. 763 uyarınca Japon eşlere mahkeme dışında boşanma imkânı ("*Kyōgi rikon*" adı verilen boşanma) verilmiştir. Buna göre boşanma eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları ve nüfus müdürlüğünün ilgili aile siciline boşanmayı tescil etmesiyle gerçekleşecektir. Japonya'daki boşanmalarda büyük ölçüde bu yola başvurulmaktadır. Bu boşanma türünde eşlerin boşanmak için yapacakları başvuru eşlerin ve iki tanığın bu formu imzalaması şeklinde olur. Tescil sırasında eşlerin bizzat katılımı ise zorunlu değildir. Eşlerin çocukları varsa boşanma anlaşmasında ayrıca çocuğun boşanmadan sonra velayetinin kimde olacağına da tespit edilmesi gerekecektir. Eşlerin velayet konusundaki anlaşması da boşanmayla birlikte tescil edilecektir. Tescile yetkili makam bu noktada yalnızca şeklen inceleme yapacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Trempe, Eberhard J.** (2011) "Die Grundzüge des Ehe- und Scheidungsrechts Japans", s. 17 vd., <[http://trempe.de/international/japan/index.php?TSPD\\_101\\_R0=b518cfc4ed66d6deb64c0e6792c9e5bbro7000000000000000e2f20f5ffff000000000000000000000000000005ce3dd91003d2870f5](http://trempe.de/international/japan/index.php?TSPD_101_R0=b518cfc4ed66d6deb64c0e6792c9e5bbro7000000000000000e2f20f5ffff000000000000000000000000000005ce3dd91003d2870f5)> s.e.t. 06.10.2019; ayrıca bkz. **Motozawa, Miyoko** (1989) "Die Ehescheidung in Japan:Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht", FamRZ, s. 459-465; **Uyank Çavuşoğlu**, s. 26-27; **Matthew, J. McCauley** (2011) "Divorce and the Welfare of the Child in Japan", Pacific Rim Law & Policy Journal, V:20, I:3, s. 595-596; **Huysal**, s. 477, dn. 14; **Şensöz Malkoç**, s. 301, dn. 695.

<sup>34</sup> Bkz. aşağıda "*Norveç*" başlığı altındaki açıklamalar ve atıflar.

<sup>35</sup> Rusya'da noter huzurunda boşanma hakkında bkz. **Huysal**, s. 477.

Avrupa Birliği ülkelerinden sırasıyla, İtalya, İspanya ve Fransa örnekleri üzerinde durulacaktır<sup>36</sup>.

## A. NORVEÇ

Norveç hukukunda, boşanma konusunda mahkemeler yanında kralların yetki sahibi olmasıyla ortaya çıkan ikili sistem geçerliliğini hala korumaktadır. Bugün için boşanma mahkeme önünde yapılabileceği gibi boşanma konusunda temel yasa olan Evlenme Yasası m. 27 (*Lov om Ekteskap*)<sup>37</sup> idari bir usulle vali (*fylkesmann*) önünde de yapılabilmektedir<sup>38</sup>. Boşanmanın şiddet (*Lov om Ekteskap m. 23*) veya yakın akrabalar arasında gerçekleşen evlilik ve çok eşlilik nedeniyle (*Lov om Ekteskap m. 24*) talep edilmesi ya da birlikte yaşamın sona ermesinden sonra iki yıl geçmesi üzerine talep edilmesi (*Lov om Ekteskap m. 22*) ve boşanma talebinin m. 28 uyarınca vasi tarafından yapılması halinde mahkeme önünde boşanma söz konusu olacaktır<sup>39</sup>. Buradan anlaşılacağı üzere boşanmanın özellikle önemli sebeplere dayalı olarak çekişmeli bir şekilde gerçekleştiği hallerde mahkeme önünde boşanma söz konusu olacaktır. Zira diğer hallerde boşanma talebi esasen gerçek anlamda bir hukuki problem değildir. Böylece mahkemeler fazladan bir görevden istisna tutulabilir<sup>40</sup>.

Norveç'te uygulamada en çok kullanılan vali önünde boşanma için öncelikle ayrılık usulünün tamamlanması gerekir. Bir başka deyişle eşlerin bu boşanma usulüne başvurabilmeleri için ya eşler arasında evlilik birliğine ara verilmesine karar verilmiş olması ve bundan itibaren bir yıl geçmiş olması ya da bizzat eşler tarafından evlilik birliğine iki yıl boyunca ara verilmiş olması gerekir. Buna rağmen boşanma kendiliğinden gerçekleşmez, eşlerin evlilik birliğini sürdürmek istemediklerini kesin bir şekilde açıklamaları ve bu yönde talepte bulunmaları gerekir. Ortak çocukların bulunması eşlerin bu konuda anlaşmaya varmış olmaları halinde boşanmanın idari usulle gerçekleştirilmesine engel teşkil etmez. Ancak çocukların on altı yaşından küçük olması durumunda Evlenme Yasası m. 26 uyarınca öncelikle arabuluculuk usulüne başvurulması zorunludur. Bunun amacı boşanmadan önce çocuğun menfaatleri,

<sup>36</sup> Mahkeme dışı boşanma hakkında bkz. ayrıca **Nomer**, s. 259 vd.

<sup>37</sup> LOV-1991-07-04-47: *Lov om Ekteskap* (ekteskapsloven), I 1991 hefte 12.

<sup>38</sup> **Kristiansen, Jan Erik** (1977) "Norway": Chester, Robert (ed), *Divorce in Europe*, Leiden, Martinus Nijhoff Social Sciences Division, s. 53; **Sperr, Anneken Kari** (2017) "Stand des Scheidungsrechts in Norwegen": **Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin** (Hrsg.), *Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Bielefeld, Gieseking Verlag, s. 269.

<sup>39</sup> Bu yönde bkz. **Sverdrup, Tone** (2002) "Grounds for Divorce and Maintenance between Former Spouses – Norway", s. 4, <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Norway-Divorce.pdf>> s.e.t. 06.10.2019.

<sup>40</sup> **Sperr**, s. 269.

ebeveynlerin sorumlulukları ve çocukla şahsi ilişki kurulması ve çocuğun mutad meskeninin belirlenmesi konularında eşler arasında dostane bir çözüm yoluna ulaşma çabasıdır. Arabuluculuk süreci bir saatle sınırlı olup eşlerin mutlaka bu süreçte anlaşmaları zorunlu değildir. Süreç sonunda sonucu yansıtan bir arabuluculuk belgesi düzenlenir. Bu belge olmadan boşanma sürecine devam edilmesi mümkün değildir<sup>41</sup>.

## B. DANİMARKA

Danimarka’da da Norveç’te olduğu gibi idari otoritelerin boşanma ve aile hukuku alanındaki rolleri tarihte kralların boşanmaya karar verebilmesi anlayışından gelmektedir. Bu tarihsel arka planın sonucu olarak Danimarka hukukunda mahkemeler ve idari otoriteler boşanma ve ilgili diğer konularda aynı anda yetki sahibidir<sup>42</sup>. Uygulamada boşanmalar en çok mahkeme dışı boşanma olarak idari otoriteler önünde gerçekleşmektedir<sup>43</sup>. Bu konuda yetkili makam daha önceleri “*devlet idareleri (Statsforvaltningen)*” iken, son yapılan değişikliklerle 1 Nisan 2019’dan itibaren geçerli olmak üzere “*Aile Hukuku Ajansı (Familieretshuset)*” olmuştur<sup>44</sup>. Zira evlilikle ilgili hususlar öncelikle bu Aile Hukuku Ajansı tarafından gerçekleştirilmektedir. Boşanmayı isteyen eşler de öncelikle buraya başvurmak zorundadır. Bu anlaşmalı olan ya da olmayan tüm boşanma süreçleri için geçerlidir. Ancak Aile Hukuku Ajansı gerekli görürse, anlaşma sağlanamazsa (şiddet vs. gibi önemli hallerde anlaşma sağlanması çoğunlukla mümkün olmaz) ve taraflar bu karardan memnun olmazsa dosya mahkemeye taşınabilir<sup>45</sup>.

Avrupa Birliği ülkeleri arasında en yüksek boşanma oranlarından birine sahip olan Danimarka’da<sup>46</sup> boşanma, özellikle 2013 değişikliklerinden<sup>47</sup> bu yana oldukça hızlı bir şekilde gerçekleştirilebilmektedir<sup>48</sup>. Eşler boşanma ve

<sup>41</sup> Sperr, s. 272-273.

<sup>42</sup> Danielsen, s. 139; Parkinson, Patrick (2011) Family Law and the Indissolubility of Parenthood, New York, Cambridge University Press, s. 201.

<sup>43</sup> Parkinson, s. 201.

<sup>44</sup> Lov N. 203 af 05.03. 2019 om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og lov om Familieretshuset, Børne- og Socialmin., j.nr. 2018-3585. Danimarka’da boşanma kurumuna ilişkin hususlar Evlenme ve Sona Ermesi Yasası (*Lov om ægteskabs indgåelse og opløsning*)’da düzenlenmiştir.

<sup>45</sup> Bu konuda bkz. <<https://familieretshuset.dk/en/your-life-situation/your-life-situation/separation-and-divorce>> s.e.t. 06.10.2019.

<sup>46</sup> Bu yönde bkz. <[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage\\_and\\_divorce\\_statistics#Fewer\\_marriages.2C\\_more\\_divorces](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage_and_divorce_statistics#Fewer_marriages.2C_more_divorces)> s.e.t. 06.10.2019.

<sup>47</sup> Lov Nr. 647 af 12.06.2013 om ændring af lov om regional statsforvaltning, lov om børns forsørgelse, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love som følge af ændret organisering af statsforvaltningerne, Økonomi- og Indenrigsmin., j.nr. 2012-01721.

<sup>48</sup> Rosenbeck, Bente (2017) “Liberalisation of Divorce”, Scandinavian Journal of History, V:43, I:1, s. 32.

boşanmanın sonuçları konusunda anlaşmışlarsa ayrılık kararına gerek olmaksızın doğrudan boşanma talebinde bulunabilirler. Eğer anlaşma sağlanamazsa ayrılık kararı talebinde bulunulabilir ve bundan itibaren altı aylık süre geçmeden boşanma talep edilemez (*Lov om ægteskabs indgåelse og opløsning m. 29-30*). Ancak boşanma çekişmeli nitelikte olsa bile bazı boşanma sebepleri bakımından doğrudan boşanma talebinde bulunulabilir. Bunlar zina, iki yıldan fazla süredir anlaşmazlıklar yüzünden ayrı yaşama, eşin diğer eşe veya çocuğa karşı şiddet uygulaması, çok eşlilik hali ve eşlerden birinin ortak çocuğu ya da çocukları kaçırmaları halidir. Bu boşanma sebeplerinin varlığı halinde boşanma ayrılık kararı talebine gerek olmaksızın doğrudan gerçekleştirilmektedir (*Lov om ægteskabs indgåelse og opløsning m. 32-36*)<sup>49</sup>.

2019’da yapılan yasal değişiklikle anlaşmalı boşanma talebinde bulunan ve on sekiz yaşından küçük çocukları bulunan eşler için üç aylık bir bekleme süresi zorunlu hale getirilmiştir. Ayrıca eşlerin bu süre içerisinde boşanma sürecinde ve boşanmadan sonra birbirlerine nasıl davranacakları ve çocuklara nasıl yardımcı olacakları konusunda online olarak yürütülen bir kursu tamamlamaları zorunludur (*Lov om ægteskabs indgåelse og opløsning m. 42a*). Bunun amacı eşleri boşanmadan vazgeçirmek değil, boşanmanın yıkıcı sonuçlarını eşler ve çocuklar açısından en aza indirmektir<sup>50</sup>.

Mahkeme dışı boşanma konusunda son derece liberal düzenlemelerin yer aldığı Danimarka’da boşanma dilekçeleri dahi online olarak eşlerin erişimine sunulmuştur. Eşler anlaşmalı boşanma halinde form şeklinde hazırlanmış bu dilekçeleri doldurarak boşanma talebinde bulunabilirler<sup>51</sup>.

## C. İTALYA

Son yıllarda yapılan değişikliklerle mahkeme dışı boşanmayı kabul eden ülkelerden bir tanesi Katolik geleneğine sahip olan ve bu nedenle boşanma kurumunu 1970 yılına kadar reddeden İtalya’dır<sup>52</sup>. İtalya’nın bu konudaki tutumu geçmişte öylesine katıdır ki bunun toplumda ve hukuk sisteminde yarattığı du-

<sup>49</sup> Bu konuda İngilizce olarak yapılmış kısa bir açıklama için bkz. <<https://familieretshuset.dk/en/your-life-situation/your-life-situation/separation-and-divorce>> s.e.t. 06.10.2019.

<sup>50</sup> Bu konuda söz konusu online kursu hazırlama çalışmalarına katılmış olan Prof. Gert Martin Hald (Kopenhag Üniversitesi)’in kısa bir açıklaması için bkz. <<https://www.euronews.com/2019/04/01/denmark-introduces-mandatory-course-for-divorce-seeking-couples>> s.e.t. 06.10.2019.

<sup>51</sup> Formlar için bkz. <<https://familieretshuset.dk/en/applications/documents-and-application-forms>> s.e.t. 06.10.2019.

<sup>52</sup> Bu konuda genel olarak bkz. **Saresella, Daniela** (2017) “The Battle for Divorce in Italy and Opposition from the Catholic World (1861-1974)”, *Journal of Family History*, V:42, I:4, s. 401-418.

rum trajikomik bir olay kurgusu ile 1961 yapımı “*İtalyan Usulü Boşanma (Divorzio all'italiana)*”<sup>53</sup> isimli bir filme bile konu olmuştur. İşte boşanma konusunda uzun yıllar bu denli katı tutum sergileyen İtalya, 2014 yılında yapılan bir reformla boşanma sürecinin hızlandırılması amacıyla mahkeme dışı boşanma kurumunu kabul etmiştir. Buna göre boşanmanın gerçekleşmesi için daha önce kurucu bir şart niteliğinde olan mahkeme kararı artık her koşulda gerekmeyecektir. Eşlerin boşanma ve boşanmanın sonuçları konusundaki irade serbestilerine dayalı bu sistemle birlikte mahkemelerin boşanma konusundaki tekeli sona ermiştir.

İtalya’da daha sonradan bazı ufak değişikliklerle kanunlaştırılan<sup>54</sup> 132 sayılı 12.09.2014 tarihli Kanun Hükmünde Kararname (“*132 sayılı Kararname*”) ile getirilen bu yeni düzenlemeyle<sup>55</sup> eşlere bazı şartlar altında avukatların desteğiyle anlaşma yaparak mahkemeye gitmeksizin boşanma imkânı (*hızlı boşanma/divorzio veloce - 132 sayılı Kararname m. 6*) ve avukatların katılımı gerekmeksizin aynı zamanda nüfus işlerinin asıl sorumlusu olan belediye başkanı (*Sindaco*) önünde idari usulle anlaşmalı boşanma imkânı (*132 sayılı Kararname m. 12*) verilmiştir. Buna karşılık, anlaşmalı olarak boşanmanın mümkün olmadığı durumlarda boşanmak için tek yol mahkemeye başvurmaktır.

Yeni düzenlemeye göre eşler ilk olarak 132 sayılı Kararname m. 6 uyarınca avukatların kendilerini bu usulün süreç ve sonuçları hakkında bilgilendirmesi ve desteğiyle boşanma anlaşması imzalayabilirler. Eşlerin üzerinde mutabık kalmak zorunda oldukları boşanma anlaşmasında, boşanma ve boşanmanın sonuçları, eşlerin çocukları varsa çocuğun bakımı, aile konutunun özgülmesi, boşanmadan sonra eşlerin çocukla olan ilişkilerinin ne şekilde devam edeceği gibi konuların da düzenlenmesi gerekir. Eşler arasındaki anlaşmada nafaka taleplerine yer verilmesi ise şart değildir. Zira nafaka talep edebilecek eşin nafaka talebinde bulunmaması veya sonraki aşamada nafaka talebinde bulunması mümkündür. Bu boşanma usulünde eşler arasındaki boşanma anlaşması görevli savcı önüne gelmektedir. Boşanma anlaşmasının savcı kontrolünden geçmesinin temelinde eşler arasındaki muhtemel uyuşmazlıklarda savcının kontrol organı olarak görev yapabileceği düşüncesi yatmaktadır. Eşlerin küçük veya maddi bakımdan kendilerine

<sup>53</sup> **Germi, Pietro** (Yönetmen) (2011), *Divorzio all'italiana*, Floransa, CG Entertainment.

<sup>54</sup> Legge 10 novembre 2014, n. 162, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile”, *Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 261 del 10-11-2014 - Suppl. Ordinario n. 84*. Söz konusu değişikliklerden sonra Kararname metninin son hali için bkz. <<https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/200991/D.L.+n.+132-2014>> s.e.t. 06.10.2019.

<sup>55</sup> Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132 “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile”, *Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 212 del 12 settembre 2014*.

bağımlı ya da ağır biçimde engelli olan ergin çocukları bulunmaması halinde savcının yapacağı kontrol şekli kontrolden (*eşlerin imzalarının tam olup olmaması, anlaşmanın eşlerin avukatları tarafından imzalanıp imzalanmadığı gibi*) ibaret-tir<sup>56</sup>. Eşlerin böyle çocukları bulunması halinde ise savcı içerik denetimi yapmakta ve ayrıca yapılan anlaşmada çocuğun menfaatinin korunup korunmadığını denetlemektedir<sup>57</sup>. Şayet savcı yapmış olduğu denetim sonucunda çocuğun menfaatinin korunduğu sonucuna varırsa anlaşmayı onaylayacak ve anlaşmayı tescil edecek olan nüfus memuruna iletacaktır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, nüfus kütüğüne yapılacak tescil yalnızca açıklayıcı fonksiyona sahiptir<sup>58</sup>. Eşlerin avukatlarının yardımıyla yapmış oldukları, savcı onayından geçmiş boşanma anlaşması mahkeme hükmü niteliğindedir (*132 Sayılı Kararname m. 6 f. 3*)<sup>59</sup>.

İtalya’da boşanma konusunda bir diğer yenilik ise eşlerin artık belediye başkanı önünde de boşanabilmeleridir. Bu boşanma usulünün işletilebilmesi eşlerin küçük veya maddi bakımdan bağımlı ya da ağır biçimde engelli olan ergin çocuklarının bulunmaması şartına bağlanmıştır (*132 sayılı Kararname m. 12 f. 2*). Bu usul çerçevesinde eşler belediye başkanı önünde ayrılık veya boşanma anlaşması imzalarlar. Yukarıda açıklanan usulden farklı olarak burada avukatların katılımı zorunlu değildir (*132 sayılı Kararname m. 12 f. 3 c. 1-2*). Belediye başkanı eşlerden ayrılma veya boşanma isteklerini açıklamalarını ister. Bu irade açıklamasından sonra eşlere otuz günlük süre verilir. Verilen bu süre içerisinde eşlerin kararlarını bir kez daha değerlendirmeleri beklenir. Ayrıca verilen süre belediye başkanına eşlerin beyanlarında samimi olup olmadıklarını daha sağlıklı bir şekilde denetleme olanağı vermektedir. Belediye başkanının denetiminden sonra anlaşmanın onaylanması süreci söz konusudur. Burada yapılacak onay, kurucu etkiye sahip olmayıp, yalnızca ispat vasıtasıdır<sup>60</sup>.

## D. İSPANYA

Mahkeme dışı boşanma kurumunu son yıllarda yapılan bir reformla kabul eden bir başka ülke de İspanya’dır. Boşanmanın yine Katolik inancı nedeniyle uzun yıllar reddedildiği ancak 1981 yılında çıkarılan bir yasa<sup>61</sup> ile

<sup>56</sup> Cubeddu Wiedemann, Maria Giovanna/Henrich, Dieter (2015) “Neue Trennungs- und Scheidungsverfahren in Italien”, FamRZ, s. 1253.

<sup>57</sup> Cubeddu Wiedemann/Henrich, s. 1255.

<sup>58</sup> Cubeddu Wiedemann/Henrich, s. 1256.

<sup>59</sup> Scalzini, Giorgio (2016) “Ehetrennungen und Ehescheidungen auf administrativem Wege in Italien- ein Überblick über die wichtigsten Reformen”, StAZ Das Standesamt, s. 130.

<sup>60</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Cubeddu Wiedemann/Henrich, s. 1253 vd.; Scalzini, s. 129 vd.; Antomo, s. 247.

<sup>61</sup> Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, Boletín Oficial del Esta-



mümkün hale geldiği bir ülke olan İspanya’da da yıllar içerisinde tüm Batı Avrupa toplumlarında olduğu gibi evliliğin kutsal ve bozulamaz olduğu anlayışından boşanmanın oldukça yaygınlaştığı bir anlayışa geçilmiş ve böylece boşanma sayısında ciddi bir artış yaşanmıştır<sup>62</sup>. Bunun sonucu olarak bu mevcut sosyal gerçekliği hukuki düzenlemelere yansıtma, mahkemelerde oluşan iş yükünü azaltma, tarafları dava masraflarından kurtarmak<sup>63</sup> ve uzayan boşanma süreci nedeniyle yaşanan aile içi şiddet vakalarının önüne geçilebilmek amacıyla<sup>64</sup> 2005 yılında çıkarılan yasa<sup>65</sup> ile “hızlı boşanma (*divorcio exprés*)”<sup>66</sup> olarak adlandırılan boşanma usulü getirilmiştir. Buna göre eşlere evliliğin gerçekleşmesinden itibaren üç ay geçtikten sonra sebep göstermeksizin boşanma talebinde bulunma hakkı verilmiştir (*Código Civil m. 81 f. 2 ve m. 86*). Dolayısıyla eşlerin tek taraflı da olsa mahkemeye başvurarak boşanma iradelerini bildirmeleri evlilik birliğinin temelden sarsılmış olduğunu göstermeye yeterli kabul edilmiştir<sup>67</sup>.

İspanya’da boşanmanın yasal olarak kabul edilmesi ve daha sonra boşanmaya ilişkin kuralların esnetilmesi ile başlayan sürecin son aşamasında 2.7.2015 tarihli 15/2015 sayılı yasa<sup>68</sup> ile adli hizmet memuru (*Secretario judicial*) veya noter önünde boşanma kurumu kabul edilmiştir. Bu usule göre boşanmanın gerçekleşebilmesi için iki temel şart söz konusudur (*Código Civil m. 82 f. 2 ve 87*). Öncelikle eşlerin boşanma ve boşanmanın sonuçları hakkında tümüyle anlaşmış olmaları gerekir. Eğer eşler arasında bu konularda anlaş-

do núm 172, de 20 de julio de 1981, s. 16457-16462. Bu yasadaki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Glos, George E.** (1983) “The Spanish Divorce Law of 1981”, *International and Comparative Law Quarterly*, V:32, I:3, s. 667-688.

<sup>62</sup> **Martin-Casals, Miquel/Ribot, Jordi** (2008) “The Postmodern Family and the Agenda for Radical Legal Change in Spain”: Atkin, Bill (ed), *The International Survey of Family Law 2008 Edition*, Bristol, Jordan Publishing, s. 425.

<sup>63</sup> Bu gerekçeler özellikle yasa çıkarılmadan önce yapılan reform çağrılarında vurgulanıyordu. Bu konuda örnek olarak İspanya Aile Hukuku Avukatları Derneği (*Asociación Española de Abogados de Familia*)’nin görüşleri için bkz. **Martin-Casals, Miquel/Ribot, Jordi/Sole, Joseph** (2002) “Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses – Spain”, s. 7 dn. 13, <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Spain-Divorce.pdf>> s.e.t. 06.10.2019.

<sup>64</sup> **Ferrer-Riba, Josep** (2006) “Same-Sex Marriage, Express Divorce and Related Developments in Spanish Marriage Law”, *International Family Law*, s. 142.

<sup>65</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, Boletín Oficial del Estado núm 163, de 9 de julio de 2005, s. 24458-24461.

<sup>66</sup> Bu nedenle söz konusu yasa “*hızlı boşanma yasası (ley del divorcio exprés)*” olarak adlandırılmaktadır. Bu yönde örnek olarak bkz. **Ferrer Ortiz, Javier** (2011) “Del Matrimonio Canónico Como Modelo al Matrimonio Civil Deconstruido: La Evolución de la Legislación Española”, *Revista Ius et Praxis*, V:17, I:2, s. 414

<sup>67</sup> **Ferrer-Riba, Josep** (2012) “Marital Agreements and Private Autonomy in Spain”: Scherpe, Jens (ed), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, s. 354.

<sup>68</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, Boletín Oficial del Estado núm 158, de 03 de julio de 2015, s. 54068-54201.

mazlık varsa boşanma ancak mahkeme önünde, çekişmeli olarak gerçekleştirilebilecektir. Eşlerin bu usule göre boşanabilmeleri için ikinci şart ise küçük veya bağımlı çocuklarının (*örneğin; aynı evde yaşayan ve yardım olmaksızın hayatını idame ettiremeyecek çocuklar*) bulunmamasıdır. Böyle bir durumda çocukların menfaatlerinin korunması ve onların dinlenebilmesi ancak savcı aracılığıyla mahkeme önünde gerçekleştirilen boşanma usulünde söz konusu olabileceği için mahkeme dışı boşanmaya izin verilmemiştir<sup>69</sup>.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde eşler boşanma yönünde iradelerini adli hizmet memuru veya noter önünde açıklayabilirler. Her ikisi de boşanma konusunda aynı derecede yetkilidir. Uygulamada hızlı olması, daha az bürokratik olması, kolay erişilebilmesi ve çok ciddi bir masraf olmadan karar alınabilmesi nedeniyle daha çok noterler tercih edilmektedir<sup>70</sup>.

## E. FRANSA

Mahkeme dışı boşanma kurumunun yakın zamanda kabul edildiği bir diğer ülke Fransa'dır. Fransız hukukunda 1975 yılında yapılan bir reformla kabul edilen anlaşmalı boşanma<sup>71</sup> zaman içerisinde oldukça yaygınlaşmıştır. Özellikle 2004 yılında yapılan değişiklikte daha önce var olan boşanma anlaşmasının iki kez hâkim kontrolünden geçmesi ve evliliğin üzerinden altı ay geçmesi şartlarının yerine, eşlere yalnızca bir kez hâkim önüne giderek ve altı ay beklemeksizin anlaşmalı bir şekilde boşanma hakkı verilmesiyle bu tür boşanmaların sayısı artmıştır<sup>72</sup>. Fransız Milli İstatistik Enstitüsü ve Ekonomi Çalışmaları (*Insee*)'nin verdiği rakamlara göre, 2016 yılında gerçekleştirilen 128.000 boşanmanın yarısından fazlası anlaşmalı boşanma şeklinde gerçekleştirilmiştir<sup>73</sup>. Buna rağmen, Fransız aile hâkimleri ciddi bir iş yüküyle karşı karşıya kalmış ve boşanma sürecinde hem zamansal hem de ekonomik olarak kayıplar yaşanmıştır<sup>74</sup>. Öte yandan, toplumsal ilişki ve ihtiyaçların değişmeye

<sup>69</sup> Ferrer-Riba (2017), s. 131-132.

<sup>70</sup> Ferrer-Riba (2017), s. 135.

<sup>71</sup> Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, Journal Officiel de La République Française n° 0161, 12 juillet 1975.

<sup>72</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, Journal Officiel de La République Française n° 122, 27 mai 2004.

<sup>73</sup> Bu yönde bkz. <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/3676592?sommaire=3696937&q=divorce#titre-bloc-3>> s.e.t. 06.10.2019.

<sup>74</sup> Biland, Émilie/Steinmetz, Hélène (2017) "Are Judges Street-Level Bureaucrats? Evidence from French and Canadian Family Courts", Law & Social Inquiry, V:42, I:2, s. 306 vd.. Benzer yönde bkz. Özcan, Cem (2019), "Fransız Hukukunda Mahkeme Dışı Anlaşmalı Boşanma", Legal Hukuk Dergisi, C:17, S:194, s. 648.

başlamasıyla anlaşmalı boşanma usulünün mahkeme dışına taşınması ihtiyacı ortaya çıkmıştır<sup>75</sup>.

Tüm bu gelişmeler sonucunda eşlerin boşanma konusunda anlaşmalarından sonra artık mahkeme sürecinin gereksiz olduğu düşüncesi ortaya çıkmış<sup>76</sup> ve daha önce teklif edilmesine rağmen reddedilen mahkeme dışı boşanma kurumu<sup>77</sup>, 18.11.2016 tarihli ve 2016-1547 sayılı Kanun m. 50<sup>78</sup> ile kabul edilmiştir. 1 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren bu boşanma usulüne göre eşler, evliliği bitirme ve bunun sonuçları konusunda anlaşmaya vardıldıktan sonra bu anlaşmalarını yazılı bir belge haline getirerek imzalarlar. Boşanma anlaşması ayrıca avukatlar tarafından da imzalandıktan sonra noter tarafından tutulan sicile tescil edilir. Bu tescil ile boşanmanın gerçekleştirildiği tarih tespit edilmiş olur ve boşanma anlaşması icrai etki kazanır (*Code Civil m. 229-1*).

Fransız hukukundaki mahkeme dışı boşanma kurumuna bakıldığında bu boşanma sürecinin sözleşmesel nitelikte olduğu görülmektedir. Buna göre yapılacak boşanma anlaşması, geçerli bir sözleşmenin özelliklerini taşımaktadır<sup>79</sup>. Ayrıca, süreçte hâkimin yeri bir anlamda avukatlar aracılığıyla doldurulmaktadır. Boşanma sürecine her iki tarafın avukatlarının da katılımı zorunludur (*Code Civil m. 229-1*). Hal böyle olunca aslında mahkeme dışı boşanma kurumunun tarafları avukatlık masraflarından kurtardığı düşüncesi dayanaksız kalmaktadır<sup>80</sup>. Ancak avukatların katılımı sözleşmesel boşanma sürecinin daha hakkaniyetli bir şekilde yürütülebilmesi, her iki tarafın menfaatlerinin korunması ve menfaat çatışmalarının önlenmesi adına önemlidir<sup>81</sup>. Son aşamada boşanma anlaşmasının noter tarafından tescil edilmesi ile de bir anlamda sürece resmiyet kazandırılmaktadır<sup>82</sup>. Tarafların ergin olmayan çocuklarının bulunması mahkeme dışında gerçekleştirilen bu boşanma usulünün uygulanmasına engel teşkil etmese de ebeveynlerin boşanma süreci ve mahkemede dinlenilme hakları olduğu konusunda çocuklarını bilgilendirmeleri

<sup>75</sup> Ryznar, Margaret/Devaux, Angélique (2018) “Voilà! Taking the Judge Out of Divorce”, Seattle University Law Review, V:42, I:1, s. 164.

<sup>76</sup> Moracchini-Zeidenberg Stéphanie (2018) “La contractualisation de la séparation et de ses conséquences en droit français”, Les Cahiers de Droit, V:59, I:4, s. 1116; Ferrand, s. 171; Özcan, s. 648.

<sup>77</sup> Bu yönde bkz. Guinchard, Serge (ed) (2008) L’ambition raisonnée d’une justice apaisée, rapport de la Commission sur la Répartition des contentieux remis au Garde des Sceaux, Paris, La documentation française, <<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392.pdf>> s.e.t. 06.10.2019, s. 87 vd.. Bu yöndeki diğer değişiklik önerileri için bkz. Ferrand, s. 167-169.

<sup>78</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (1), Journal Officiel de La République Française n° 0269, 19 novembre 2016.

<sup>79</sup> Ryznar/Devaux, s. 165.

<sup>80</sup> Ferrand, s. 178; Özcan, s. 653-654.

<sup>81</sup> Ryznar/Devaux, s. 166.

<sup>82</sup> Özcan, s. 648.

gerekmektedir<sup>83</sup>. Çocukların mahkemede dinlenmeleri yönünde talepleri olursa artık bu boşanma usulüne başvurulamayacak, boşanma yalnızca hâkim kararıyla gerçekleştirilebilecektir (*Code Civil m. 229-2*). Aynı şekilde eşlerden birinin koruma altında olması (vesayet altında bulunması veya kendisine kayyım atanmış olması gibi) halinde de boşanmanın mahkeme önünde gerçekleştirilmesi gerekir (*Code Civil m. 229-2*)<sup>84</sup>.

Yukarıda görüldüğü üzere her ne kadar farklı ülke hukuklarında farklı şekilde uygulamalara ve düzenlemelere tabi olsa da mahkeme dışı boşanma kurumu, boşanma sebeplerinden anlaşmalı boşanma için uygulanan bir usul olup titizlikle düzenlendiğinde fayda sağlayacak niteliktedir. Farklı hukuk sistemlerinde bu denli yer tutan ve uygulamasının da artacağı düşünülen bu kurum karşısında Türk hukukunda zaten yer alan anlaşmalı boşanma düzenlemelerini incelemek ve bu aşamada hâkimin rolü üzerinden bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır.

### III. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

#### A. BOŞANMAYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

##### 1. Boşanma Konusunda Mahkemenin Tek Yetkili Makam Oluşu

Yürürlükteki Medeni Kanunumuz uyarınca boşanma, eşlerin sağ olması ihtimalinde kanunda yer alan sebeplere dayanarak eşlerden birinin açacağı dava sonucunda evlilik birliğine hâkimin vereceği kararla son verilmesi şeklinde tanımlanabilir. Tanımdan anlaşılacağı üzere Türk hukukunda kanunda belirtilen sebeplerin varlığı halinde ve yalnızca hâkimin vereceği kararla boşanma kabul edilmektedir<sup>85</sup>. Diğer bir ifadeyle geçerli bir evlilik birliğinin sona erdirilme şekillerinden biri olarak sadece mahkemede boşanma kabul edilmiş olup, bu konuda bir istisna getirilmemiştir.

<sup>83</sup> Ryznar/Devaux, s. 167-168.

<sup>84</sup> Fransız hukukunda mahkeme dışı boşanma kurumuna yöneltilen eleştiriler konusunda bkz. Ferrand, s. 178 vd.; Moracchini-Zeidenberg, s. 1127 vd.; Özcan, s. 653 vd.

<sup>85</sup> Saymen, s. 144; Velidedeöglü, s. 167; Köprülü/Kaneti, s. 150; Gürsoy, Kemal Tahir (1977) "Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma", Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C:2, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 157 (*borçlar hukukuna tabi olmayan bir sözleşme olarak boşanma anlaşmasının hâkim kontrolüne tabi olması*); Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa (1998) Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 112; Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökayla, K. Emre (2000) Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 879; Uyanık Çavuşoğlu, s. 25-27; Ekşi, s. 77; Gençcan, Ömer Uğur (2015) Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 99, 113-114; Nomer, s. 260; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper (2018) Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C:3, İstanbul, Filiz Kitabevi, para. 558; Kılıçoğlu, Ahmet M. (2019), Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 3; Akıntürk/Ateş, s. 235.

## 2. Boşanma Sebepleri

### a. Genel Olarak

Hukukumuzda boşanma sebepleri özel (*bir olgunun gerçekleşmesine dayalı*) ve genel sebeplere dayalı boşanma olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (“*TMK*”) m. 161-165 hükümlerinde boşanmanın özel sebepleri zina; hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış; küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme; terk ve akıl hastalığı olarak düzenlenmişken; *TMK* m. 166 hükmünde boşanmanın genel sebepleri öngörülmüştür. *TMK* m. 166 uyarınca, üç tür genel boşanma sebebi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, evlilik birliğinin temelinden sarsılması (*TMK m. 166/I,II*); ikincisi, eşlerin birlikte dava açmaları ya da birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi (*anlaşmalı boşanma, TMK m. 166/III*) ve son olarak boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine kadar verilmesinden sonra eşlerin ortak hayatı yeniden kuramamış olmalarıdır (*TMK m. 166/IV*).

### b. Hukukumuzda Eşlerin Boşanma Konusundaki İrade Serbestisi: Anlaşmalı Boşanma

Yukarıda farklı ülke hukuklarında yer alan düzenlemelerden görüldüğü üzere mahkeme dışı boşanma kurumu da eşlerin boşanma ve boşanmanın sonuçları konusunda anlaşmalarına dayanmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nda yer almayan bu kurumu anlaşmalı boşanmanın hukukumuzda kabul edilmesinin altında yatan nedenler doğrultusunda ve toplumun evlilik birliğine attığı değeri (*akdi bir birliktelik veya dini temele dayalı mukaddes bir birliktelik gibi*) göz önüne alarak<sup>86</sup> ele almak yerinde olur.

Önceleri boşanmanın kamu düzeniyle ilgili olduğu<sup>87</sup>, kadının kiminle ve hangi koşullarla evleneceğine ailenin karar verdiği ve anlaşmalı boşanma imkânının kanunda tanınması halinde yine ailenin bu kez menfaat uğruna (*örneğin, kadını başlık parası karşılığında bu kez başka bir adamla evlendirmek için*) kadın üzerinde boşanması için baskı kurabileceği<sup>88</sup> gerekçeleri ileri sürülerek eşlerin anlaşmalı olarak boşanmasının mümkün olmadığı savunulmuş ve bu sebeple anlaşmalı boşanma reddedilmiştir. Bu dönemde anlaşmalı boşan-

<sup>86</sup> Gürsoy, s. 127.

<sup>87</sup> Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi, Ankara 1971, s. 112-113; Saymen, s. 124-125.

<sup>88</sup> Şener, s. 234-235. Ayrıca Fezyioğlu, eserin yayımlandığı tarihte toplumun yapısı itibarıyla Türk kadınının anlaşmalı boşanma imkânını eşit koşullar altında kullanamaması tehlikesine dikkat çekmiştir. Bkz. Fezyioğlu, Fezyi Necmeddin (1979) Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 364-365.

ma imkânının getirilmesi yönünde görüşlere ise nadiren rastlanmaktadır. Örneğin öğretilmiş *GÜRSOY*, eşlerin kökünden sarsılmış, haysiyetini kaybetmiş evliliğe devam etmeye zorlanamayacağını savunmuştur<sup>89</sup>.

Çokça tartışma ve aradan geçen uzun zaman sonrasında kanun koyucu, değişen dünya düzeni, ihtiyaçlar ve bunlar içerisinde özellikle de kadının sosyal hayatta ve evlilik kurumundaki yerinin değişmesi gibi gelişmeleri takiben 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ne 4.5.1988 tarihinde ve 3444 sayılı Kanunla getirilmiş, değişikliklerle (*ETMK m. 134/III'e eklenen yeni fıkra; Art. 111, 112 ZGB*) eşlerin anlaşarak evlilik birliğini sona erdirmelerine izin vermiştir. Boşanma sistemimize mülga Kanun zamanında girmiş anlaşmalı boşanma kurumuna yürürlükteki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda da yer verilmiştir.

Genel olarak anlaşmalı boşanma, eşlerin özgür iradeleriyle anlaşarak aralarındaki evlilik ilişkisini sonlandırmalarıdır<sup>90</sup>. Anlaşmalı boşanma kurumuyla eşlere basit ve önceden belirledikleri koşullarda, hızlı bir şekilde evlilik birliğini sona erdirmeye imkânı tanınmaktadır<sup>91</sup>. Ancak kanun koyucunun yine de eşlere evlilik birliğini sona erdirmeye bakımından sonsuz bir serbesti vermediği görülmektedir. Aksine evlilik birliğinin sona erdirilmesi konusunda TMK m. 166/III'te düzenlenen anlaşmalı boşanmada eşlerin sınırlı bir irade serbesliğine sahip oldukları görülmektedir<sup>92</sup>.

Anlaşmalı boşanmanın söz konusu olabilmesi için evliliğin başlangıcından itibaren<sup>93</sup> en az bir yıl geçmiş olması ve eşlerin boşanmak üzere birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi gerekmektedir (*TMK m. 166/III*). Anlaşmalı boşanma imkânı, evlilik birliğinin temelinden

<sup>89</sup> Ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. *Gürsoy*, s. 151-163.

<sup>90</sup> *Gürsoy*, s. 127; *Seçer, Öz* (2009) "İsviçre ve Türk Hukuklarında Anlaşmalı Boşanma ve Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S:63-64, s. 40; *Seçer, Öz* (2016) "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:7, S:2, s. 260.

Evlenmenin gerçekleşmesinde kabul edilen "eşlerin iradesine tabi olma" olgusunun evlenme gerçekleşikten sonra boşanma konusunda kabul edilemeyeceği yönünde bkz. *Velidedoğlu*, s. 167; *Köprülü/Kaneti*, s. 152-153. "İrade ilkesi" hakkında bkz. *Ceylan*, s. 321.

<sup>91</sup> *Özdemir* (2003), s. 107; *Öztaş*, s. 692.

<sup>92</sup> *Zevkililer/Acabey/Gökyayla*, s. 881-882; *Özdemir* (2003), s. 107; *Öztaş*, s. 692. Eşlere boşanma konusunda sınırsız yetki verilmesinde kuşkusuz ailenin toplumun temeli olarak kabul edilmesi ve bu sebeple evliliklerin gelişigüzel sebeplerle sona erdirilmemesi gerektiği düşüncesinin kabulü de etkili olmuştur. Boşanma davası sonunda verilecek evlilik birliğinin sonlandırılmasına ilişkin karar göz önüne alındığında boşanma davasının gerek eşler gerekse çocuklar açısından önemli hukuki sonuçlar doğuracağı açıktır. Aynı yönde bkz. *Zevkililer/Acabey/Gökyayla*, s. 878; *Kılıçoğlu* (2019), s. 2. Aile kurumunu korumak uğruna eşlerin özgürlüğünün sınırlanması konusunda eşlerin kendi menfaatleri ile çocuğun menfaati arasında dengeli olacak şekilde, yetkilerini aşırı ölçüde daraltmayan bir sonuca varılması gerektiği yönünde bkz. *Ceylan, Ebru* (2018) "İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C:6, S:12, s. 331.

<sup>93</sup> *Öztaş*, s. 694; *Yılmaz Bilgin, Esra Pınar* (2016) *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 42; *Seçer* (2016), s. 261; *Akantürk/Ateş*, s. 270; *Kılıçoğlu* (2019), s. 111.

sarsılmasına ve bu durumun ortak hayatın sürdürülmesinin beklenememesine dayanmaktadır<sup>94</sup>. Bu sebeple kanun koyucu, anlaşmalı boşanma imkânını ayrı bir hüküm ile düzenleme yoluna gitmemiş, bu boşanma türüne evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını düzenleyen TMK m. 166 hükmü içerisinde yer vermiştir<sup>95</sup>.

Bu boşanma usulünde hâkimin boşanmaya karar vermeden önce tarafları bizzat dinlemesi ve onların iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi gerekir<sup>96</sup>. Diğer bir ifadeyle anlaşmalı boşanmada hâkim tarafları bizzat dinlemekten imtina edemez (*boşanmanın şartı olarak tarafların dinlenmesi*)<sup>97</sup>. Hâkimin boşanma anlaşmasını denetleyip onaylaması ise tarafların ve çocukların menfaatinin korunması düşüncesine dayanmaktadır (TMK m. 166/III c. 3)<sup>98</sup>. Bu bağlamda hâkimin boşanmanın mali sonuçları (*maddi, manevi tazminat talepleri, yoksulluk nafakası*) ile çocukların durumu (*velayet, çocukla ilişki kurulması, iştirak nafakası*) hususunda tarafların yapmış oldukları anlaşmayı uygun bulması gerekir<sup>99</sup>. Hâkimin burada yapacağı denetim,

<sup>94</sup> **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 879; **Öztan**, s. 693; **Fankhauser, Roland** (2017) Schwenzer, Ingeborg/**Fankhauser, Roland** (Hrsg.), Fam Kommentar, Scheidung, Band I: ZGB / Band II: Anhänge, 3. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag, Art. 111, N. 2; **Dural/Öğüz/Gümüş**, para. 647; **Kılıçoğlu (2019)**, s. 111.

<sup>95</sup> **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 879; **Akıntürk/Ateş**, s. 269.

<sup>96</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 1992/1456, K: 1992/1636, T: 13.2.1992; Yargıtay, 2. Hukuk Dairesi, E: 2004/428, K: 2004/1064, T: 28.1.2004; Yargıtay, 2. Hukuk Dairesi, E: 2005/3734, K: 2005/5622, T: 7.4.2005; **Oğuzman/Dural**, s. 127, 129; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 904; **Öztan**, s. 692; **Seçer** (2016), s. 261 vd.; **Akıntürk/Ateş**, s. 270-271; **Kılıçoğlu (2019)**, s. 113. Burada bahsi geçen anlaşmalı boşanma davasında eşlerin anlaşma iradelerini hâkim önünde açıklamalarıdır, yoksa eşlerin bizzat kendileri tarafından boşanma davasının açılması gerekmez. Eşler boşanma davasını vekilleri aracılığıyla açabilirler. **Akıntürk/Ateş**, s. 271; **Kılıçoğlu (2019)**, s. 113.

<sup>97</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 1989/10658, K: 1990/2000, T: 19.2.1990; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2004/428, K: 2004/1064, T: 28.1.2004; Yargıtay, 2. Hukuk Dairesi, E: 2005/3734, K: 2005/5622, T: 7.4.2005; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2006/12012, K: 2006/18557, T: 28.12.2006; **Oğuzman/Dural**, s. 129; **Ercan, İbrahim** (2014) “Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, S:2, s. 266; **Öztan**, s. 693-694; **Seçer** (2016), s. 262, 263, 266; **Akıntürk/Ateş**, s. 271. İsviçre’de bu yönde bkz. **Rumo-Jungo, Alexandra** (2016) Breitschmid, Peter/Rumo-Jungo, Alexandra (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Aufl., Zürich, Schulthess Verlag, Art. 111 N. 17-18; eşin ağır şekilde engelli olması, yurt dışında hapsede olması gibi önemli sebeplerle ve istisnai hallerde eşin dinlenmesinden vazgeçilebileceği hakkında bkz. **Fankhauser**, Art. 111, N. 16. Davalı ve davacı eşin hâkim tarafından aynı anda ve bizzat dinlenmesi gerektiği; yalnızca eşlerin vekillerinin dinlenilmesi ile eşlerin serbest iradelerinin tespit edilemeyeceği yönünde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 13.02.1992, 1456-1636; **Gençcan**, s. 692-693.

<sup>98</sup> **Tekinay, Selahattin Sulhi** (1982) Türk Aile Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 293, 297; **Gürzumar, Aydanur** (1991) Die rolle des Richters im Ehescheidungsprozess in der Schweiz und in der Türkei, İzmir, Bizim Büro Basımevi, s. 173.

<sup>99</sup> **Tekinay**, s. 296; **Ercan**, s. 256-257; **Öztan**, s. 694 vd.; boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşmaya maddi, manevi tazminat ve yoksulluk, iştirak nafakasının dahil olacağı hakkında bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2009/2-158, K: 2009/217, T: 27.5.2009; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2010/2-96, K: 2010/106, T: 24.2.2010; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E: 2010/4983, K: 2011/2095, T: 12.4.2011; **Özdemir** (2003), s. 159; **Seçer** (2009), s. 54; **Kılıçoğlu (2019)**, s. 127 vd. Boşanma davasında boşanma protokolünün hâkim tarafından denetimi ve onayı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gürzumar**, s. 173 vd. Eşler arasındaki

boşanma anlaşmasının kurulması ve içeriğine ilişkin olup eşlerin boşanma ve sonuçları hakkında serbest iradeleriyle karar verip vermediklerinin tespitinden<sup>100</sup>; eşlerin mahkemeye sundukları boşanma anlaşmasının kendilerinin ve çocuklarının menfaatine uygunluğunun incelenmesinden ve anlaşmanın ahla-ka ve adaba aykırılık, gabin veya irade sakatlığı yönünden incelenmesinden ibarettir<sup>101</sup>. Ayrıca hâkimin denetimi ile taraflardan birinin sömürülmesi ve hakkaniyete aykırı sonuçlar meydana gelmesi önlenmek istenmektedir<sup>102</sup>. Hâkim yapacağı değerlendirme sonucunda olumsuz kanaate varırsa boşanma anlaşmasını hangi gerekçeyle eşlerin ya da çocuğun menfaatine aykırı bulduğunu ve anlaşmanın ne şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğini eşlere açıklamalıdır<sup>103</sup>. Buna karşılık anlaşmalı boşanma davasında hâkimin eşlerin evlilik birliğinin gerçekten sarsılıp sarsılmadığına ilişkin bir tespitle bulunma yükümlülüğü (*TMK m. 166/I, II*) bulunmamaktadır<sup>104</sup>. Eşlerin boşanma konusundaki iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getiren hâkim, maddi vakıalar evlilik birliğinin sarsıldığını tam olarak ortaya koyamasa da boşanma-

anlaşmanın içeriği eşler arasındaki mali konular ve çocukların durumu ile sınırlı değildir. Bu konular boşanma anlaşmasının olmazsa olmaz konularıdır. Dolayısıyla eşlerin sözleşme serbestisi kapsamında başkaca konularla, örneğin aile konutuna ilişkin anlaşma yapabilmesi mümkündür. Bkz. **Özdemir** (2003), s. 169; **Seçer** (2016), s. 273 vd. Öğretide mal rejiminin tasfiyesinin boşanmanın fer'i sonuçları arasında görülmemektedir **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2002), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Baskı, Ankara, Eda Matbaası, s. 59-60; **Özdemir** (2003), s. 168; **Zeytin, Zafer** (2017) Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 326, dn. 826. Karş. **Tekinay**, s. 296; **Burcuoğlu, Haluk** (2004) "4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Boşanma Düzenlemesinin Eleştirisi ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar", Antalya Barosu Dergisi, S:5/51, s. 68; **Sarı, Suat** (2007) Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, Beşir Kitabevi, s. 16, dn. 21, s. 105-106.

Yargıtay da anlaşmalı boşanma usulünde mal rejiminin tasfiyesinin kararlaştırılmasının zorunlu olmadığı, ancak buna engel bir durum olmadığı görüşündedir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E: 2010/4983, K: 2011/2095, T: 12.4.2011; Yargıtay, 2. Hukuk Dairesi, E: 2014/11715, K: 2014/25146, T: 9.12.2014. Anlaşmalı boşanma çerçevesinde mal rejiminin tasfiyesine ilişkin anlaşmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Öncü, Özge** (2017) "Eşlerin "Anlaşmalı Boşanma" Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C:19, Özel Sayı, s. 793-835.

<sup>100</sup> Art. 111 Abs. 2 ZGB'de açıkça bu husus ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. **Reusser, Ruth** (1999) "Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung": Hausheer, Heinz (ed), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern, Stämpfli Verlag AG, s. 21-22, N. 1.37; **Rumo-Jungo**, Art. 111, N. 15-16; **Fankhauser**, Art. 111, N. 12, 18.

<sup>101</sup> **Gürzumar**, s. 173, 181-182; **Özdemir** (2003), s. 171-172; **Öztan**, s. 696; **Seçer** (2016), s. 277; **Jungo, Alexandra** CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG, Zürich 2016, Art. 111 ZGB, N. 15.

<sup>102</sup> İsviçre hukukundaki hâkim görüşü hakkında bkz. **Grassinger, Gülçin Elçin** (1997) "Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, C:LV, S:3, s. 238; BGE 121 III 393.

<sup>103</sup> **Özdemir** (2003), s. 172.

<sup>104</sup> **Sutter, Thomas/Freiburghaus Dieter** (1999) Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich, Schulthess, Vorb. zu Art. 111-118, N. 10; **Reusser**, s. 22, N. 1.37; **Özdemir** (2003), s. 147; **Öztan**, s. 699; **Fankhauser**, Art. 111, N. 15.



ya karar vermek zorundadır<sup>105</sup>. Daha açık bir ifadeyle hâkim, hükümde sayılan şartların gerçekleşmesi halinde boşanmaya karar vermekten kaçınamayacaktır. Bu şartların kamu düzeninden kabul edildiği de göz ardı edilmemelidir<sup>106</sup>.

Üzerinde ayrıca durulması gereken konulardan biri de çocuğun menfaatinin korunması kapsamında çocuğun hâkim tarafından dinlenilmesi imkânıdır. Boşanma sürecinin mahkeme önünde devam ettirilmesi düşüncesinin altında yatan nedenlerden biri de yukarıda ifade edildiği üzere çocuğun taleplerinin de boşanma sürecinde ve boşanma sonrasında anne ve/veya baba ile kişisel ilişkinin düzenlenmesi aşamasında dikkate alınabilecek olmasıdır. Türk Medeni Kanunu'nda hâkimin taraf menfaatleri ve çocukların çıkarlarının korunup korunmadığı hakkında yapacağı incelemede çocukların dinlenmesine ilişkin bir hüküm bulunmama ile birlikte<sup>107</sup> tarafı bulunduğumuz milletlerarası anlaşmalarda bu durum hüküm altına alınmıştır. Bu yönde Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12<sup>108</sup> ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 3 ve m. 6'da<sup>109</sup> düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre, çocuğun taraf devletlerin maddi hukukları bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda, adli merciler önünde kendisini ilgilendiren davalarda, kendisi lehine ilgili tüm bilgileri almak; kendisine danışılmasını talep etmek ve görüşlerini ifade etmek; görüşlerinin uygulanması ve her tür kararın olası sonuçları bakımından bilgilendirilme hakkı bulunmaktadır. Yargıtay'ın farklı kararlarında da söz konusu sözleşme maddelerine gönderme yapılarak, çocuğa ilk derece mahkemesince görüşünü ifade etme olanağı tanınmaması bozma sebebi olarak kabul edilmiştir<sup>110</sup>. Kanaatimizce bilhassa velayet sorununun çözümünde fayda sağlayan çocuğun dinlenilmesine ilişkin yapılacak düzenle-

<sup>105</sup> Özdemir (2003), s. 147; Dural/Öğüz/Gümüş, para. 633; Akıntürk/Ateş, s. 269-272.

<sup>106</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 1989/10658, K: 1990/2000, T: 19.2.1990; Oğuzman/Dural, s. 129; Seçer (2009), s. 51; Gençan, s. 693.

<sup>107</sup> Çocukların durumuna ilişkin anlaşmanın uygunluğunu denetleme bakımından da çocuğun dinlenmesi ile ilgili hükümlerin konulmasının uygun olacağı yönünde bkz. Özdemir, Saibe (2009) "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenilme Hakkı", Prof.Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C:2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 1219-1242; Seçer (2009), s. 50; Oktay Özdemir, Saibe (2015) "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C:35, S:1, s. 38.

<sup>108</sup> Sözleşme metni için bkz. <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>> s.e.t. 06.10.2019. Türkiye Sözleşme'yi 14 Eylül 1990 yılında imzalamış ve 4058 sayılı onay kanunu 11 Aralık 1994 gün ve 22138 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>109</sup> Sözleşme metni için bkz. <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cdaf>> s.e.t. 06.10.2019. Türkiye Sözleşme'yi 9 Haziran 1999 tarihinde imzalamış ve 4620 sayılı onay kanunu 1 Şubat 2001 gün ve 24305 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>110</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2014/18010, K: 2015/2708, T: 25.2.2015; benzer yönde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2009/3600, K: 2010/5346, T: 22.3.2010; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2015/12193, K: 2016/2789, T: 17.2.2016.

me<sup>111</sup> boşanma sonrası yaşanan travmaların azaltılmasını ve hâkimin özellikle velayet konusundaki anlaşmaları kolaylıkla onaylayabilmesini sağlayacaktır. Çalışma konumuzla bağlantılı olarak tespitite bulunmak gerekirse, bazı ülke hukuklarında olduğu gibi bizim hukukumuzda da anlaşma temeline dayalı mahkeme dışı boşanma usulünün işletilebilmesini eşlerin çocuklarının olmaması şartına bağlamak yerinde olabilir. Böylece eşlerin ortak çocuklarına ilişkin talepleri tarafsız hâkimler tarafından denetlenebilecek ve çocuğun menfaati daha iyi korunabilecektir.

### c. Hukukumuzda Mahkeme Dışı Boşanma Düşünülebilir Mi?

Görüldüğü üzere yukarıda bazı örnekleri verilen ülke hukuklarında kabul edilmiş olan mahkeme dışı boşanma kurumuna temel oluşturan anlaşmalı boşanma, TMK m. 166/III hükmünde de düzenlenmiştir. 2016 yılına ait istatistik sonuçlarına göre ülkemizde açılan 212.000'den fazla boşanma davasının 94.000'den fazlası anlaşmalı olarak açılmıştır<sup>112</sup>. Buradan anlaşılacağı üzere boşanma davalarının önemli bir kısmında eşler anlaşmalı boşanma talebinde bulunmaktadır. Bu yönüyle mahkeme dışı boşanma kurumunun hukukumuz açısından uygulamada fayda sağlayabileceği kanaatindeyiz. Ancak dikkat etmek gerekir ki TMK m. 166/III hükmü uyarınca anlaşmalı boşanmada dahi hâkim denetiminden vazgeçilmemiştir. Anlaşmalı boşanma hukukumuzda, belirli şartların varlığına ve hâkimin vereceği karara bağlıdır<sup>113</sup>. Dolayısıyla salt eşlerin karşılıklı anlaşmalarına dayalı<sup>114</sup> boşanma serbestisinden bahsedilmesi mümkün değildir<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> Dikkat çekmek gerekir ki mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda çocuğun dinlenilmesine ilişkin ZGB m. 144 f. 2 hükmü kaldırılmıştır. Bunun yerine çocuğun mahkemede dinlenilmesi İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu (*Zivilprozessordnung, ZPO*) m. 298 uyarınca gerçekleşmektedir. Bu yönde yapılan değişikliğin ardından çocuğun dinlenme hakkı ve bu hakkın sağladığı fayda İsviçre'de tartışılmaktadır. İsviçre'de yalnızca boşanma davalarının yüzde onunda hâkimleri çocukları dinlediğini ifade eden UNICEF Çocuk Yardım Örgütü üyesi Katrin Piazza, hâkimlerin bilgisizlik veya emin olamama ya da uygulamadaki sebeplerden çocukların dinlenmediğini ekliyor,

<<https://www.familienleben.ch/kind/alleinerziehung/anhoerung-von-kindern-bei-scheidungen-2881>> s.e.t. 06.10.2019. Çocuğun dinlenmesi usulü, İsviçre'de kantondan kantona farklılık göstermekle birlikte kural olarak çocuğun davet edilerek ve uzman bir avukat veya sosyal hizmet uzmanı ile birlikte dinlenmesi şeklinde gerçekleşmekte; dinlenme esnasında çocuğa boşanma sonrası kiminle kalmak istediği veya annesi ya da babasıyla ne kadar zaman geçirmek istediği sorulmaktadır. Çocuğun dinlenmesi hakkında bkz. **Sut-ter/Freiburghaus**, Art. 144, N. 15; **Fankhauser**, Art. 111, N. 17.

<sup>112</sup> Bu yönde bkz. <<https://www.posta.com.tr/turkiye-nin-bosanma-istatistikleri-2016-haber-fotograf-1329156-3>> s.e.t. 06.10.2019.

<sup>113</sup> Boşanma anlaşmasının geçerliliğinin hâkimin onayına bağlı olduğu hakkında bkz. **Gürzumar**, s. 173.

<sup>114</sup> Boşanma konusunda bireyci görüş için bkz. **Öztaş**, s. 637; **Gençcan**, s. 100-106.

<sup>115</sup> Burada kanun koyucunun evlilik birliğinin sonlandırılması konusundaki bu sıkı tutumunun evlilik birliğinin kurulması hakkında da geçerli olup olmadığı sorusu aklı gelmektedir. Her ne kadar konumuzu boşanma kurumu oluştursa da tutum farklılığının görülmesi açısından bu konuya da değinmekte yarar vardır. Boşanmanın

Evlilik kurumunun anlamı ve bu kurumun sona erme yollarından biri olarak boşanmanın kamu düzenini ilgilendiren yönü dikkate alındığında<sup>116</sup>, evliliğin herhangi bir borç doğuran sözleşme gibi hiçbir şarta bağlı olmaksızın sona ermesine elbette çekinceyle yaklaşmak gerekir<sup>117</sup>. Zira hızlı bir şekilde boşanmanın doğuracağı sonuçlar birden fazla faktöre bağlıdır. Mahkeme dışı boşanma eşlerin kültür, eğitim seviyelerine, mali ve psikolojik durumlarına vb. değişkenlere bağlı olarak olumlu veya olumsuz sonuç doğurabilir. Bu açıklamalar çerçevesinde her ne kadar az bir ihtimal gibi görünse de özellikle şiddete maruz kalan veya maddi açıdan hakkını savunamayacak olan eşler bakımından mahkeme denetiminden geçmeyen boşanma anlaşmalarının hukukumuzda kabul edilmemesi düşüncesindeyiz. Bu tip durumlarda mahkeme denetiminden geçmeyen boşanmalar eşler arasındaki menfaat dengesinin bozulması ve eşlerden birinin diğeri üzerinde baskı uygulayarak aşırı derece orantısız anlaşmaların yapılması tehlikesini her daim barındırmaktadır<sup>118</sup>. Ülkemizin sosyal gerçekleri gözlemlendiğinde bilhassa kadın eşlerin bu tip vakalarda boşanma ve sonuçlarına yönelik iradelerini hâkim önünde daha rahat ifade edebilmeleri sıkça karşılaşılan bir durumdur. Dolayısıyla bu tip

idari makamlar önünde gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı konusunda evlenmenin idari makamlar önünde, evlendirme memurunun katılımı olmaksızın gerçekleşmesi hakkında hukukumuzdaki düzenlemelerden bazıları ve bunlara yönelik öğretilerdeki görüşler dikkat çekicidir.

1991- 1996 tarihleri arasında yürürlükte olan Bir Evlenme Akdine Dayanmayan Birleşmelerin Evlilik ve Evlilik Dışında Doğan Çocukların Düzgün Nesepli Olarak Tesciline İlişkin Kanun'a ilişkin olarak öğretilerde "nikahsız birlikte yaşanmaların idari yolla geçerli bir evlenmeye çevrilmesi, kanuna ve kamu düzenine aykırı olduğu gibi, son derece sakıncalı" olduğu ileri sürülmüştür. **Dural/Öğüz/Gümüş**, para. 420 vd. Resmi nikah olmaksızın birlikte yaşama sonucu dünyaya gelen çocukların durumu geçmişten beri devam eden bir sorundur. Bu soruna dayalı olarak çıkan af kanunları hakkında bkz. **Velidedeoglu**, s. 155.

Öte yandan evlenecek eşlerin her ikisinin de rıza göstermesi halinde müftülerin ve müftülük personelinin de nikah memuru sıfatıyla nikah kıyabileceklerine ilişkin 19.10.2017 tarihinde değiştirilen Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 22/II hükmünün yeni düzenlemesi üzerinde durulan güncel bir konudur. Nikah kıyma yetkisinin nikah memurları yanında devlet memuru statüsündeki müftü ve müftülük memurlarına verilmesi, "Vatandaşlarımızın evlenme işlemlerini kolaylaştırmak ve daha kolay ve seri bir şekilde hizmet sağlamak amacıyla il ve ilçe müftülüklerine evlendirme yetkisi verilmektedir." şeklinde gerekçelendirilmiştir. Bkz. 7039 sayılı Kanun'un genel gerekçesi,

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=214270&pkanunnumarasi=7039>.

Değişikliğin yapıldığı dönemde anılan kanun değişikliğine farklı yönlerden eleştiriler getirilmiş olmakla birlikte çalışma konumuz açısından bu eleştirilere değinilmeyecektir. Bkz. ayrıca Evlendirme Yönetmeliği m. 7/1 c. 2 ve m. 8/III. Buradan anlaşılacağı üzere kanun koyucu bazı hallerde evlilik birliğinin kurulmasını hızlandırma yönünde tutum sergilemektedir.

<sup>116</sup> Boşanma davalarının kamu hukukuna ilişkin olması hakkında bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 1997/5261, K: 1997/6503, T: 5.6.1997; **Özümüç, Seda** (2014) "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, S:2, s. 161. Kamu düzeni düşüncesiyle Fransız hukukunda kabul edilen mahkeme dışı boşanma kurumunun da eleştirilere maruz kaldığı belirtilmektedir: **Özcan**, s. 653.

<sup>117</sup> Aynı yönde çekincelerin Fransız hukukunda kabul edilen mahkeme dışı boşanma kurumuna yönelik de söz konusu olduğu hakkında bkz. **Özcan**, s. 658, dn. 40'ta belirtilen yazarlar.

<sup>118</sup> Bkz. benzer yönde çekinceleri belirten **Dutta**, s. 54; **Ferrand**, s. 179.

olayların söz konusu olduğu durumlar için mahkeme dışı boşanma elbette savunulamaz.

Ancak bu tip durumların söz konusu olmadığı, eşler arasındaki boşanma anlaşmasının menfaat dengeleri gözetilerek hazırlandığı durumlarda mahkeme dışı boşanma kurumunun kabulü düşünülebilir. Dolayısıyla farklı ülke hukuklarındaki düzenlemeler ve uygulamalar ışığında ülke gerçekleri ve hukuk sistemimiz dikkate alınarak koşulları önceden belirlenecek şekilde yasal düzenlemeler yapıldığı sürece mahkeme dışı boşanma kurumunun tamamen reddedilmemesi görüşündeyiz.

## SONUÇ

Her ne kadar hukukumuzda boşanma konusunda hâkimin son sözü söyleyeceği kabul edilse de farklı ülke hukuklarında yaşanan gelişmeler görmezden gelinemez. Çalışmamızın ana konusunu oluşturan mahkeme dışı boşanma kurumu da boşanma hukuku konusunda ele alınması gereken önemli bir boşanma usulüdür. Kısaca mahkeme dışı boşanma, boşanma konusunda anlaşmaya varan eşlere mahkemeye gitmeden, idari makamlar önünde boşanmayı gerçekleştirilebilme hakkının tanınması olarak ifade edilebilir.

Öğretide mahkeme dışı boşanma kurumunu olumlu ve olumsuz olarak gören iki görüş bulunmaktadır. Olumlu olarak gören görüş uyarınca mahkeme dışı boşanma, zaten boşanma konusunda hemfikir olan ve boşanmanın eşler ve çocuklar bakımından önemli sonuçları hakkında anlaşmış olan eşlerin mahkeme önüne gitmesine gerek kalmaksızın hızlı ve daha az masraflı olacak şekilde boşanabilmesine olanak vermesi açısından fayda sağlayacak niteliktedir. Ayrıca bu boşanma türünde eşlerin ve çocukların boşanma sürecinde ve sonrasında daha az yıpranacakları açıktır. Öte yandan mahkeme dışı boşanma kurumunu olumsuz olarak gören görüş, kamu düzeni düşüncesine ve boşanma sürecinde özellikle eş ve çocukların menfaatlerinin korunması açısından hâkimin rolünün önemine dayanmaktadır.

Mahkeme dışı boşanma kurumu bugün pek çok ülke hukukunda kabul edilmiştir. Bu ülkelerde mahkeme dışı boşanma kurumu ya uzun yıllardır uygulanan bir gelenek olarak ya da boşanma hukukunun adli alandan çıkarılması sürecinin bir parçası olarak ortaya çıkmıştır. Bu ülkelerde mahkeme dışı boşanmanın şartları ve boşanmanın gerçekleştirilebileceği makamlar açısından farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, eşler vali önünde (*Norveç*), nüfus memurları önünde

(İtalya), adli hizmet memuru veya noter önünde (İspanya), Aile Hukuku Ajansı “*Familieretshuset*” tarafından (Danimarka) ve noter tarafından tutulan sicile tescil yoluyla (Fransa) boşanabilmektedirler. Ancak örnek olarak incelenen tüm ülke hukuklarındaki düzenlemelerin ortak yanı mahkeme dışı boşanmaya anlaşmalı boşanma için izin verilmiş olmasıdır.

Hukukumuzda da anlaşmalı boşanma kabul edilmiş olmasına rağmen ailenin korunması yönündeki genel eğilimin sonucu olarak evlilik birliği üzerinde eşlere tanınacak yetkinin kapsamı kanun koyucu tarafından daraltılmıştır. Anlaşmalı boşanmada dahi eşlerin boşanma yönünde kararlarını mahkeme önünde açıklamaları ve boşanma anlaşmalarının (*anlaşma protokolünün*) hâkim denetiminden geçmesi bu sonucu doğrulamaktadır. Anlaşmalı boşanma kurumunda üzerinde hassasiyetle durulan konu, eşlerin ve ortak çocuğun menfaatlerinin zedelenmemesi ve adil olmayan sonuçların önüne geçilmesidir. Ayrıca eşlerin boşanma ve boşanmanın mali sonuçları ile çocuklar hakkında anlaşmış olsalar bile bu arzularını bir kez daha hâkim önünde dile getirmelerinin istenmesinin sebebi zayıf olanı koruma düşüncesine dayanmaktadır. Buna yönelik olarak eşlerin dinlenilmesi, sundukları bilgi ve belgelerin incelenmesi önem arz etmektedir. Diğer bir ifadeyle eşler boşanma konusunda anlaşmış olsalar bile bir kez daha bu anlaşma ve sonuçlarını denetime tabi tutma düşüncesi hukukumuzda geçerliliğini korumaktadır.

Ülke gerçekleri göz önüne alındığında boşanma anlaşması yapılırken eşlere tam bir serbesti tanınması ve hâkimin denetiminden tamamen vazgeçilmesinin mümkün olamayacağı düşünülebilir. Gerçekten bir eşin diğer eşin baskısı ve/veya şiddet uygulaması sonucu anlaşmalı boşanmak mecburiyetinde kalması ufak bir olasılık olsa da bu tip durumlar için mahkeme dışı boşanma kurumunun kabul edilmemesi gerekir. Ancak bu istisnai durumlar dışında genel olarak mahkeme dışı boşanma kurumu fayda sağlayacak niteliktedir. Sonuç olarak, toplumsal gerçeklik ve hukuk sistemimiz dikkate alınarak titizlikle yapılacak yasal düzenlemelerle mahkeme dışı boşanma kurumunun ülkemizde de kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

**Aebi-Müller, Regina/Ziegler, Lenka** (2017) “Stand des Scheidungsrechts in der Schweiz”: Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/ Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag.

**Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2019), Aile Hukuku, 21. Baskı, C:2, İstanbul, Beta Yayıncılık.

**Andrup, Henrik/Buchhofer, Bernd/A. Ziegert, Klaus** (1980) “Formal Marriage under the Crossfire of Social Change”: Eekelaar, John M./Katz, Sanford N. (eds), Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies, Toronto, Butterworths, s. 32-38.

**Antoloskaia, Masha** (2016) “Divorce Law in a European Perspective”: Scherpe, Jens (ed), European Family Law Volume III – Family Law in a European Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, s. 41-82.

**Antomo, Jennifer** (2018) “Reformbedarf bei der Anerkennung von Privatscheidungen”, NZFam, s. 243-249.

**Biland, Émilie /Steinmetz, Hélène** (2017) “Are Judges Street-Level Bureaucrats? Evidence from French and Canadian Family Courts”, Law & Social Inquiry, V:42, I:2, s. 298-324.

**Bräm, Verena** (2002) “Privatisierung des Scheidungsrechts - ein Holzweg? ”: Geiser, Thomas/Koller, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Professor Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag: Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Bern, Stämpfli Verlag.

**Burcuoğlu, Haluk** (2004) “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanununun Boşanma Düzenlemesinin Eleştirisi ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, Antalya Barosu Dergisi, S: 5/51, s. 40-69.

**Ceylan, Ebru** (2018) “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C:6, S:12, s. 315-334.

**Cubeddu Wiedemann, Maria Giovanna/Henrich, Dieter** (2015) “Neue Trennungs- und Scheidungsverfahren in Italien”, FamRZ, s. 1253-1259.

**Danielsen, Svend** (1997) “The Scandinavian Approach: Administrative and Judicial Resolutions of Family Conflicts”: Meulders-Klein, Marie Thérèse (ed), Familles et Justice, Brüksel, Bruylant.

**Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper** (2018) Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C:3, İstanbul, Filiz Kitabevi.

**Dutta, Anatol** (2017) “Stand des Scheidungsrechts in Deutschland”: Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag.

Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin (Hrsg.) (2017), Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag.

**Ekşi, Nuray** (2012) Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, İstanbul, Beta Yayıncılık.

**Ercan, İbrahim** (2014) “Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, S:2, s. 249-269.

**Erdem, Bahadır** (2006) “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü”: Şpka, Şükran/Şensöz, Ebru/Şenol, Ayşe Nilay/Özbilen, Arif Barış (Editörler), Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri 18-20 Kasım 2005, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları.

**Fankhauser, Roland** (2017) Schwenzer, Ingeborg/Fankhauser, Roland (Hrsg.), Fam Kommentar, Scheidung, Band I: ZGB / Band II: Anhänge, 3. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag.

**Ferrand, Frederique** (2017) “Stand des Scheidungsrechts in Frankreich”: Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag.

**Ferrer Ortiz, Javier** (2011) “Del Matrimonio Canónico Como Modelo al Matrimonio Civil Deconstruido: La Evolución de la Legislación Española”, Revista Ius et Praxis, V:17, I:2, s. 391-418.

**Ferrer-Riba, Josep** (2006) “Same-Sex Marriage, Express Divorce and Related Developments in Spanish Marriage Law”, International Family Law, s. 139-143.

**Ferrer-Riba, Josep** (2012) “Marital Agreements and Private Autonomy in Spain”: Scherpe, Jens (ed), Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing.

**Ferrer-Riba, Josep** (2017) “Stand des Scheidung in Spanien”: Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag.

**Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin** (1979) Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Fakültele Matbaası.

**Gençcan, Ömer Uğur** (2015) Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

**Germi, Pietro** (Yönetmen) (2011), Divorzio all'italiana, Floransa, CG Entertainment.

**Glos, George E.** (1983) “The Spanish Divorce Law of 1981”, International and Comparative Law Quarterly, V: 32, I: 3, s. 667-688.

**Grassinger, Gülçin Elçin** (1997) “Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı 1997, C:LV, S:3, s. 235-242.

**Guinchard, Serge** (ed) (2008) L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, rapport de la Commission sur la Répartition des contentieux remis au Garde des Sceaux, Paris, La documentation française,

<<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392.pdf>> s.e.t.  
06.10.2019.

**Güneş Peschke, Seldağ** (2018) “Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları”, Kadem Kadın Araştırmaları Dergisi, C:4, S:1, s. 121-146, <<http://kadinrastirmalari.kadem.org.tr/wp-content/uploads/2018/08/7.pdf>> s.e.t. 06.10.2019.

**Gürsoy, Kemal Tahir** (1977) “Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975, C:2, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara, Sevinç Matbaası.

**Gürzumar, Aydanur** (1991) Die rolle des Richters im Ehescheidungsprozess in der Schweiz und in der Türkei, İzmir, Bizim Büro Basımevi.

**Heiderhoff, Bettina** (2019), Beck’scher Online Kommentar, Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), 50. Edition 01.02.2019.

**Huysal, Burak** (2017) “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tesçili”, Milletlerarası Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C:37, S:2, s. 473-507.

**Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2002), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Baskı, Ankara, Eda Matbaası.

**Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2019), Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

**Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim** (1985/1986) Aile Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

**Kristiansen, Jan Erik** (1977) “Norway”: Chester, Robert (ed), Divorce in Europe, Leiden, Martinus Nijhoff Social Sciences Division.

**Martin-Casals, Miquel/Ribot, Jordi/Sole, Joseph** (2002) “Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses – Spain”,

<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Spain-Divorce.pdf> s.e.t. 06.10.2019.

**Martin-Casals, Miquel/Ribot, Jordi** (2008) “The Postmodern Family and the Agenda for Radical Legal Change in Spain”: Atkin, Bill (ed), The International Survey of Family Law 2008 Edition, Bristol, Jordan Publishing.

**Matthew, J. Mccauley** (2011) “Divorce and the Welfare of the Child in Japan”, Pacific Rim Law & Policy Journal, V:20, I:3, s. 589-606.

**Moracchini-Zeidenberg, Stéphanie** (2018) “La contractualisation de la séparation et de ses conséquences en droit français”, Les Cahiers de Droit, V:59, I:4, s. 1113-1136.

**Motozawa, Miyoko** (1989) “Die Ehescheidung in Japan:Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht”, FamRZ, s. 459-465.

**Nomer, Ergin** (2017) Devletler Hususi Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

**Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa** (1998) Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

**Oktay Özdemir, Saibe** (2015) “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C:35, S:1, s. 29-46.

**Öncü, Özge** (2017) “Eşlerin “Anlaşmalı Boşanma” Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C:19, Özel Sayı, s. 793-835.

**Özcan, Cem** (2019), “Fransız Hukukunda Mahkeme Dışı Anlaşmalı Boşanma”, Legal Hukuk Dergisi, C:17, S:194, s. 647-660.

**Özdemir, Nevzat** (2003) Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul, Beta Yayıncılık.



**Özdemir, Saibe** (2009) “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C:2, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

**Özümücü, Seda** (2014) “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, S:2, s. 145-171.

**Öztan, Bilge** (2015) Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

**Parkinson, Patrick** (2011) Family Law and the Indissolubility of Parenthood, New York, Cambridge University Press.

**Patti, Salvatore** (2017) “Stand des Scheidungsrecht in Italien”: Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/ Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag.

**Rauscher, Thomas** (Hrsg.) (2018) Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., München, C.H. Beck.

**Reusser, Ruth** (1999) “Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung”: Hausheer, Heinz (ed), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern, Stämpfli Verlag AG.

**Rosenbeck, Bente** (2017) “Liberalisation of Divorce”, Scandinavian Journal of History, V:43, I:1, s. 18-39.

**Rumo-Jungo, Alexandra** (2016) Breitschmid, Peter/Rumo- Jungo, Alexandra (Hrsg.) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Aufl., Zürich, Schulthess Verlag.

**Ryznar, Margaret/ Devaux, Angélique** (2018) “Voilà! Taking the Judge Out of Divorce”, Seattle University Law Review, V:42, I: 1, s. 161-183.

**Sandström, Glenn/ Garðarsdóttir, Ólöf** (2018) “Long-Term Perspectives on Divorce in the Nordic Countries – Introduction”, Scandinavian Journal of History, V:48, I:1, s. 1-17

**Saresella, Daniela** (2017) “The Battle for Divorce in Italy and Opposition from the Catholic World (1861-1974)”, Journal of Family History, V:42, I:4, s. 401-418.

**Sarı, Suat** (2007) Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, Beşir Kitabevi.

**Saymen, Ferit H.** (1950) Aile Hukuku Dersleri, 1949-1950 yılı takrirleri, İstanbul, Teksir İşleri.

**Scalzini, Giorgio** (2016) “Ehetrennungen und Ehescheidungen auf administrativem Wege in Italien- ein Überblick über die wichtigsten Reformen”, StAZ Das Standesamt, s. 129-131.

**Schmidt, T. Svénné** (1984) “The Scandinavian Law of Procedure in Matrimonial Causes”: Eekelaar, John M./Katz, Sanford N. (eds), The Resolution of Family Conflict – Comparative Legal Perspectives, Toronto, Butterworths, s. 77-98.

**Seçer, Öz** (2016) “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:2, s. 259-286.

**Seçer, Öz** (2009) “İsviçre ve Türk Hukuklarında Anlaşmalı Boşanma ve Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S: 63-64, s. 39-70.

**Sperr, Anneken Kari** (2017) “Stand des Scheidungsrechts in Norwegen”: Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin (Hrsg.), *Scheidung ohne Gericht?*, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Bielefeld, Gieseking Verlag.

**Sutter, Thomas/Freiburghaus Dieter** (1999) *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Zürich, Schulthess.

**Sverdrup, Tone** (2002) “Grounds for Divorce and Maintenance between Former Spouses – Norway”, <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Norway-Divorce.pdf>> s.e.t. 06.10.2019.

**Şener, Esat** (1977) “Medeni Kanununun Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975, C. 2, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara, Sevinç Matbaası.

**Şensöz Malkoç, Ebru** (2017) *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

**Şıpka, Şükran** (2007) ““Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı”nın Değerlendirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C:6, S:12, s. 163-175.

**Tanrıbilir, Feriha Bilge** (2019) “Türk Hukukunda Yabancı Makamlarca Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler”: Doğan, Vahit/Ayhan İzmirli, Lale/Yılmaz, Alper Çağrı (Editörler), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*, Ankara, Savaş Yayınevi.

**Tekinay, Selahattin Sulhi** (1982) *Türk Aile Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

**Trempe, Eberhard J.**, (2011) “Die Grundzüge des Ehe- und Scheidungsrechts Japans”, <[http://trempe.de/international/japan/index.php?TSPD\\_101\\_R0=b518cfc4ed66d6deb64c0e6792c9e5bbro70000000000000e2f20f5ffff0000000000000000000000000000000005ce3dd91003d2870f5](http://trempe.de/international/japan/index.php?TSPD_101_R0=b518cfc4ed66d6deb64c0e6792c9e5bbro70000000000000e2f20f5ffff000000000000000000000000000000005ce3dd91003d2870f5)> s.e.t. 06.10.2019.

**Tütüncübaşı, Uğur** (2017) “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle Düzenlenen Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, S:2, s. 103-128.

**Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer** (2006) *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, İstanbul, Beta Yayıncılık.

**Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** (1954) *Türk Medeni Kanununa Göre Medeni Hukuk, Başlangıç- Şahıslar, Aile, Miras ve Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, İstanbul, İstanbul Matbaacılık.

**Yılmaz-Bilgin, Esra Pınar** (2016) *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

**Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre** (2000) *Zevkliler Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

**Zeytin, Zafer** (2017) *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

## 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNUMUZA GÖRE AÇILAN TENKİS DAVASI İLE MİRASÇILARIN AÇABİLECEĞİ DİĞER DAVALARIN KARŞILAŞTIRILMASI

Dr. Remzi DEMİR\*

### ÖZET

Miras hukukuna göre, gerçek bir kişinin malvarlığı, onun ölümü ile bir bütün olarak kanunun belirlediği veya mirasbırakan tarafından atanmış mirasçılara geçmektedir. Yasal mirasçılar, bazı durumlarda mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarına veya karşılıksız sağlararası kazandırmalarına karşı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Miras Kitabı'nda öngörülen hakları kullanabilirler. Tenkis davası, genel olarak mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü sınırlarını aşması durumunda, saklı paylı mirasçılarının başvurabileceği bir yoldur. Mirasbırakanın yapmış olduğu kazandırmalar sonucu, saklı payları ihlal edilmiş olan mirasçılar, tenkis davası açabilecekleri gibi, kendilerine karşı açılmış bir davada tenkis defini de ileri sürebilirler. Mirasta denkleştirme, mirasbırakanın sağlığında, yasal mirasçısına miras payına mahsuben yaptığı karşılıksız kazandırmaların, mevcutsa aynen, değilse değerinin miras ortaklığına geri verilmesi veya kazandırmayı alan mirasçının miras payına mahsup edilmesidir. Denkleştirme müessesesinin amacı, mirasbırakandan sağlararası karşılıksız bir kazandırma almış olan mirasçının, böyle bir kazandırma almamış olan mirasçılara nazaran daha elverişli bir durumda olmasını önlemek ve mirasın paylaşılmasında yasal mirasçılar arasında eşitliği ve hakkaniyeti sağlamaktır. Mirasçı, mirasbırakanın ölümünden sonra el konmuş olan tereke-deki parayı ve eşyayı kendi mirasçılık sıfatına dayanan miras sebebiyle istihkak davası ile geri ister. Çalışmamızda, tenkis davasıyla sıkça karıştırılan denkleştirme davası, miras sebebiyle istihkak davası ve ölüme bağlı tasarrufun iptali davası arasındaki farklılıklar, öğretilerdeki görüşler ve Yüksek Yargı kararları ile ayrıntılı biçimde incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Miras Hukuku, Denkleştirme, Tenkis Davası, Saklı Pay, Saklı Paylı Mirasçı, Sağlararası Kazandırma, Miras Sebebiyle İstihkak Davası.

\* Ankara Batı Cumhuriyet Savcısı, remzidemir60@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-6025-5476  
(Geliş Tarihi: 15.10.2019 – Kabul Tarihi: 27.11.2019).

**THE COMPARISON BETWEEN THE LAWSUIT OF ACTION BY  
REDUCTION FILED ACCORDING THE TURKISH CIVIL LAW  
NUMBERED 4721 AND THE OTHER LAWSUITS THAT  
CAN BE FILED BY HEIRS**

**ABSTRACT**

According to the law of inheritance, the estate of a real person passes plenary through with his death to the inheritors which has been determined by the law or the testator. In some cases legal heirs may exercise the rights provided by the Turkish Inheritance Civil Code No. 4721, against the testamentary legal disposition or unrequited benefits done by the testator. Action for reduction is a legal right in which the legal heirs with reserved portion may exercise in the event that the testator exceeds the limits of his freedom to dispose of saving in general. As a result of testator's unrequited benefits, the inheritors whose reserved portions have been breach can open the case of action for reduction, as well as making of plea in a case against them. Hotchpot in heritage, is the returning of gratuitous savings to the account of heritage share of his/her legal inheritor in legator's life in kind if any, if not its equivalent value to heritage partnership or deducting the saving from the heritage share of legator. The purpose of the hotchpot mechanism is to prevent legator taken a gratuitous saving from the inheritor to be in a more convenient position when compared to legators having no such saving and to provide equality and justice among legal inheritors. The heir, after the death of the inheritor, seized the money and the property confiscated after the death of the inheritance based on the title of inheritance because of the request for recall. In our study, the differences between the case of equilibrium, the inheritance due to inheritance and the cancellation of death-related savings, which are frequently confused with the criticism case, are examined in detail with the opinions in the doctrine and the decisions of the High Judiciary.

**Keywords:** Inheritance Law, Action for Reduction, Forced Portion, Forced Heir, Inter Vivos Disposition, Hotchpot, Replevin Action Based Upon Inheritance.

## I. GENEL OLARAK

Miras hukuku, medeni hukukun en zor kavranan, en karmaşık dallarından birisidir. Dehşet verici ve her canlının mutlaka tadacağı ölüm olayının kaçınılmazlığı ile çirkin miras kavgalarının sıkça rastlanırlığı da göz önüne alındığında, miras hukuku ilk bakışta soğuk ve itici bir hukuk dalı gibi görünür. Bu görünümüne rağmen, miras hukukunun, medeni hukukun en hareketli ve hararetli alanlarından biri olması özelliği ile miras hukukçusunun, medeni hukukun hem akrobatı hem de teknokratı olmak zorunda olduğu aşikardır.<sup>1</sup>

Miras hukuku, bütün diğer medeni hukuk dallarının merkezini oluşturduğu gibi, kişiler hukukunun ve aile hukukunun içeriğini, hak sahipliğini sürdürerek, eşya hukukunda yer alan mülkiyet hukukunun da düzenlenmesine katkıda bulunur.<sup>2</sup> Zira, bir kimse ölünce, malvarlığında yer alan haklar ve borçlar dağıtılmaksızın, bir bütün olarak, bir veya birden fazla kişiye intikal eder. Ölüm sonucunda sadece malvarlığı sahibi değişir.<sup>3</sup> İşte bu değişim için, medeni hukukun bütün dalları seferber olur.

Mirasbırakanın yaptığı bazı ölüme bağlı ve sağlararası kazandırmaların, saklı payları ihlal ettikleri ya da tasarruf oranını aştıkları oranda etkisizleştirilmeleri, eğer henüz ifa edilmemişlerse, mirasçılarının bunları ifa borcundan kurtulması ve şayet ifa edilmişlerse bu oranda iadelerini sağlayan yenilik doğurucu nitelikteki davaya, tenkis davası adı verilmektedir.<sup>4</sup> Bu nedenle,

<sup>1</sup> **Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay** (2018) *Miras Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 5.

<sup>2</sup> **Göktürk, Hüseyin Avni** (1937) *Miras Hukuku*, Ankara, Devlet Basımevi, s. 4.

<sup>3</sup> **Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (1987) *Miras Hukuku*, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 3; **Gönensay, Samim /Birsen, Kemaleddin** (1956) *Miras Hukuku*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 1; **Eren, Fikret** (2016) "Miras Sebebiyle İstihkak Davası", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, Sa. 3, s. 1046; **Tandoğan, Haluk** (1995) "Miras Sebebiyle İstihkak Davası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 12, S: 1-2, s. 268.

<sup>4</sup> **İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan** (2019) *Miras Hukuku*, 10. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 387; **İmre, Zahir / Erman, Hasan** (2017) *Miras Hukuku*, 13. Basım, İstanbul, Der Yayınları, s. 261; **Dural, Mustafa / Öz, Turgut** (2015) *Türk Özel Hukuku - Cilt IV - Miras Hukuku*, 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 275; **Özcan, Bilge** (2018) *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 113; **Nar, Ahmet** (2016) *Türk Miras Hukukunda Tenkis*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s. 14; **Özdoğan, Nurcihan Dalcı** (2017) "Sağlararası Kazandırma Konusu Taşınmazların Tenkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 8, S: 7, s. 364; **Başara, Gamze Turan** (2016) "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C: 7, S: 27, s. 388 (Tenkis); **Yavuz, Cevdet** (1986) "Miras Hukukunda Tenkisten Sonra Tenkis Konusu Geri Verme (İade) Yükümlülüğü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: LI, S: 1, s. 266; **Öztürkler, Cemal** (2004) *Mirasta Denkleştirme*, Ankara, Seçkin, s.147; **Tüfek, K. Gültekin** (1977) *Miras Hukukunda Tenkis ve İade Davaları*, Ankara, Olgaç Matbaası, s. 102; **Ayan, Mehmet** (2016) *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 218; **Hatemi, Hüseyin** (2018), *Miras Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, Onikilevha, s. 53; **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2018) *Miras Hukuku*, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 247; **Uyar, Talih** (1971) "Uygulamada Tereddüt ve İhtilaf Konusu Olan Üç Müessesese: Mirasta Tenkis -İptal ve İade", *Ankara Barosu Dergisi*, S: 3, s. 406; **Özguur, Ali İhsan** (2016) *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 470; **Sarı, Suat** (2018) *Miras Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 95; **Ruhi, Canan / Ruhi, Ahmet Cemal** (2015) *Ölüme Bağlı Tasarruflar ve İptali*, Ankara, Seçkin, s. 46; **Antalya, O. Gökhan** (2015) *Miras Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Legal, s. 291; **Genç-**

mahkemece tenkis davasının kabulüne dair verilecek karar, mirasbırakanın öldüğü tarihe kadar geriye yürür ( ex tunc ).<sup>5</sup> Mirasbırakanın iradesi ile bertaraf edilemeyen bu koruma, mirasbırakanın saklı payı ihlal eden kazandırmalarının, tasarruf özgürlüğü sınırına çekilmesini sağlar. Bu nedenle tenkis talebi, saklı payın yaptırımıdır.<sup>6</sup> 4721 sayılı TMK. ( buradan itibaren TMK. olarak kısaltılacaktır ) ile pek çok miras hukuku terimi sadeleştirildiği halde, tenkis terimi aynı kalmıştır. Sözlük anlamı 'indirim' demek olan tenkis, mirasbırakanın tasarruf oranını aşan kazandırmalarına karşı başvurulacak yolların, yapılacak işlemlerin ve sonuçların bir araya geldiği çerçeve bir kavramdır.<sup>7</sup>

4721 sayılı TMK.'nın m. 505 hükmüne göre; " mirasçı olarak altsoyu, ana ve babası veya eşi bulunan mirasbırakan, mirasının saklı paylar dışında kalan kısmında ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Bu mirasçılardan hiçbiri yoksa, mirasbırakan mirasının tamamında tasarruf edebilir." denilerek, mirasbırakanın yapmış olduğu sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflarıyla tasarruf edebileceği kısmı aşip aşmadığının belirlenebilmesi için, tasarruf özgürlüğü miktarının belirlenmesi zorunluluktur.<sup>8</sup> Türk hukukunda yasal mirasçılığın mı yoksa tasarruf özgürlüğünün mü üstün olduğu konusunda, esas olanın yasal mirasçılık olduğu belirtilmiştir. Gerçekten de, kanun koyucunun sistematüğinde ilk olarak yasal mirasçılık hükümleri, daha sonra da tasarruf özgürlüğü düzenlenmiştir. Ayrıca, miras hukukumuz ailenin korunmasına dayalı bir ilkeye sahip olduğu için, üstün tarafın yasal mirasçılık olduğu isabetle vurgulanmıştır.<sup>9</sup>

Tenkis davasının konusu, TMK m. 560/1 hükmünde belirtilmiştir. Bu hükme göre, " Saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar, mirasbırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler." TMK'nın m.565 hükmünde ise, dört bent halinde mirasbırakanın tenkise tabi sağlararası tasarrufları sıralanmıştır. Bu sayılanlar dışında, miras bırakan sağlığında kendi

can, Ömer Uğur (2011) Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 536; İnal, Nihat (2016) Miras Davaları, 5. Baskı, Ankara, Bilge, s. 355; Kazancı, İdil Tuncer /Apaydın, Bahar Öcal (2015) "Mirasçılarnın Alacaklılarını Koruyan Davalar İle Tasarrufun İptali Davası İlişkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı C: 2, s. 778; Turanboy, Nuri (2010) Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Arası Hukuki İşlemleri, Ankara, s.32; Kaçak, Nazif (2006) Miras Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 156; Serozan / Engin, s. 243; Kocayusufpaşaoğlu, s. 412.

<sup>5</sup> Öztan, s. 113; Antalya, s. 291; Yavuz, Cevdet (1985) "Miras Hukukunda Tenkisten Sonra Tenkis Konusu Geri Verme (İade) Yükümlülüğü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: LI. S: 1, s. 278.

<sup>6</sup> İmre / Erman, s. 261; İnan / Ertaş / Albaş, s. 388; Başara, s. 369 (Tenkis); Uyar, s. 406; Tüfek, s. 101.

<sup>7</sup> Özdoğan, s. 364; Oral, Alkam (2018) " Miras Hukukunda Tenkis Davası", (Yüksek Lisans), Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü s. 27; Tüfek, s. 101.

<sup>8</sup> Oral, s. 30; Gençcan, s. 446.

<sup>9</sup> Eren, Fikret (1973) Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 8; Yazar, İbrahim (2017) "Miras Hukukunda Tenkis", Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 6.

malvarlığı değerleri üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir.<sup>10</sup> Ancak bu sağlararası tasarruflar, TMK'nın m.565 kapsamındaki tasarruflardan ise, bu durumda ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tabi olacaktırlar. TMK'nın m. 565 hükmüne göre ; " *Aşağıdaki karşılıksız kazandırmalar, ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tâbidir:*

1. *Mirasbırakanın, mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçıya miras payına mahsuben yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar,geri verilmemek kaydıyla altsoyuna malvarlığı devri veya borçtan kurtarma yoluyla yaptığı kazandırmalar ya da alışılmışın dışında verilen çeyiz ve kuruluş sermayesi,*

2. *Miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar,*

3. *Mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümünden önceki bir yıl içinde âdet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar,*

4. *Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar. "*

Çalışmamızda, tenkis davasıyla sıkça karıştırılan denkleştirme davası, miras sebebiyle istihkak davası ve ölüme bağlı tasarrufun iptali davası arasındaki farklılıkları, öğretilerdeki görüşler ve Yüksek Yargı kararları ile ayrıntılı biçimde incelenecektir.

## II. MİRASTA DENKLEŞTİRME İLE KARŞILAŞTIRMA

### A. GENEL OLARAK DENKLEŞTİRME

Tenkis ile karıştırılması en müsait kurum olduğu söylenebilecek denkleştirme, tıpkı tenkis gibi Türk Miras Hukuku'nun miras paylarının belirlenmesi hükümlerini içerir.<sup>11</sup> TMK m. 669-675 arasında düzenlenen mirasta denkleştirme, mirasbırakanın mirasçılara yaptığı sağlararası karşılıksız kazandırmalar sebebiyle, mirasçılar arasında eşitliği sağlayan bir kurumdur. Denkleştirmede mirasçı, eşitliğin sağlanması amacıyla aldığı değerleri terekeye iade etmektedir.<sup>12</sup> Mirasbırakan sağlığında, belli şartlara uymak koşuluyla istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Fakat yasal mirasçılara yaptığı karşılıksız

<sup>10</sup> Hatemi, s. 56.

<sup>11</sup> Güleş, Bedia (2018) "Türk Miras Hukukunda Denkleştirme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 134, s. 370.

<sup>12</sup> Göktürk, s. 154; Uyar, s. 408; Nar, s. 34; Öztürkler, s. 95; Hatemi, s. 54; Kılıçoğlu, s. 469; Antalya, s. 451; Başara, Gamze Turan (2013) Miras Hukukunda Denkleştirme, Ankara, Turhan Yayınevi, s. 5. (Miras); İnal, s. 978; Aydın Ünver, Tülay (2011) "Miras Bırakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazandırmaları", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 114; Karayalçın, Yaşar (2000) Mirasbırakanın Muvazaası Mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması Mı? Bir Tartışma, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 85; Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay (2011) Mirasın Paylaşılması, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 157.

kazandırmaları malvarlığından ayırıp, onlara vermişse, bu işlem dolayısıyla mirasbırakanın terekesindeki mallarda azalma olabileceği gibi, öbür yasal mirasçılarının miras haklarında azalma gerçekleşebilir. Bu halde diğer mirasçılar, koşulları oluşursa, mirasta denkleştirme yoluna başvurabilirler. Mirasta denkleştirmenin amacı, yasal mirasçılığı korumak ve altsoylar arasındaki eşitliği, adaleti ve hakkaniyeti sağlamaktır.<sup>13</sup> Yargıtay, murisin oğluna verdiği vekaletname ile kendisine ait banka hesaplarından para çekme yetkisi verdiği, davalının para çekme yetkisini murisin ölüm tarihine yakın süre içinde kötüye kullanarak bankada bulunan tüm paraları uhdesine aldığı, murisin paraların çekiminden kısa süre sonra vefat ettiği bir olayda, çekilen paranın murisin son anlarında kendisine harcandığına ilişkin delil sunmadığı, paranın murise harcanmadığı kendisine olacak şekilde çekildiğini kabul ederek, davacıların hissesine düşen miktar yönünden murisin ölüm tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte denkleştirme kararı veren mahalli mahkeme kararını onamıştır.<sup>14</sup>

Mirasta denkleştirmenin koşulları, kazandırmanın sağlararası ve karşılıksız olması, mirasbırakanın malvarlığından çıkmış olması ve yasal mirasçının miras payına mahsuben yapılmış olmasıdır.<sup>15</sup> Tenkis davası ve denkleştirme davası, birbirinden bağımsız ve farklı iki kurumdur. Miras hukukunda tenkis talebiyle, mirasçılarının saklı paylarını elde etmeleri amaçlanırken, denkleştirmeye yasal mirasçılar arasında eşitliğin sağlanması amaçlanır. Bu iki talebin birlikte ileri sürülmesi kural olarak mümkün değildir.<sup>16</sup> Ancak istisnai nitelikteki TMK'nın m. 565/b.1 hükmüne göre, *“kanuni veya iradi denkleştirmeye tabi olan bir kazandırma ancak denkleştirme yükümlülüğünden kurtulduktan sonra tenkise tabi olur”*. Bu nedenle, saklı paylı mirasçının denkleştirme talebini ileri sürülebildiği hallerde tenkis talebinde de bulunmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Zira denkleştirme yoluna başvuran mirasçı, saklı payı da kapsayan yasal miras hakkını elde eder. Çoğun içinde azda bulunur ilkesi gereğince, denkleştirme sonucunda kazandırmanın tamamı terekeye iade edileceğinden tenkis talebinde bulunması gereksizdir. Ancak bazı durumlarda bir mirasçı denkleştirme talebinde bulunsa bile saklı payını elde edemeyebilir. Bu durumda tenkis talebinden başka çare yoktur.<sup>17</sup> Ancak, denkleştirme talebinin, kendiliğinden tenkis davasına dönüşmesi mümkün değildir.<sup>18</sup> Yargıtay, böyle bir durumda davanın ıslahını ya da terditli dava açılması

<sup>13</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 438; Oral, s. 75; Güleş, s. 361; Nar, s. 34; Özüğür, s. 474; Antalya, s. 450; Başara, s. 6 ( Miras ); Turanboy, s. 31.

<sup>14</sup> Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/11377, K: 2019/4702, T: 23.05.2019 (UYAP).

<sup>15</sup> Kocayusufpaşaoğlu, 441; Antalya, s. 455; Yazar, s. 47; Ayan, s. 311; Kılıçoğlu, s. 470; Özüğür, s. 475; İnan / Ertaş / Albaş, s. 590; Dural / Öz, s. 330; Başara, s. 45 (Miras); Aydın Ünver, s. 132.

<sup>16</sup> Başara, s. 32 (Miras).

<sup>17</sup> Güleş, s. 373.

<sup>18</sup> Turanboy, s. 32.



gerektiğine isabetle işaret etmiştir.<sup>19</sup>

Öğretide, denkleştirme talebi sonucu miras payını elde edemeyen mirasçının tenkis talebini ileri sürülebileceği iki istisna kabul edilmektedir. İstisnalardan birincisi, TMK'nın m. 672 hükmünde belirtilen düzenlemedir. Bu hükme göre; *"... yapılan kazandırma miras payını aştığı takdirde mirasçı, mirasbırakanın bunu kendisine bırakmak istediğini ispat ederse, bu fazlalık denkleştirmeye tabi olmaz. Diğer mirasçıların tenkise ilişkin hakları saklıdır."* Böylelikle, denkleştirmeye konu kazandırma, mirasçıların yasal miras paylarını aşsa bile, aşan kısım ile birlikte denkleştirmeye tabi olur. Bunun yanında, mirasçı, payını aşan kısmı, mirasbırakanın kendisine bırakmak istediğini kanıtlarsa, fazlalık kısım denkleştirmeye tabi tutulmayacaktır. Bu durumda, saklı payının karşılığı alamayan mirasçılar, şartların bulunması halinde aşan kısmın tenkisini isteyebileceklerdir.<sup>20</sup> Öğretide, denkleştirme talebinden sonra ileri sürülebilecek tenkis talebinin istisnai diğer halini, sağ kalan eşin altsoyla birlikte mirasçı olmasıdır. TMK md. 669/2'ye göre, doğacak yasal denkleştirme yükümlülüğünün ifası sadece altsoy tarafından talep edilebilir.<sup>21</sup> Bu nedenle altsoyla birlikte mirasçı olan sağ kalan eşin, altsoya karşı denkleştirme talebinde bulunması mümkün değildir. Bununla birlikte, TMK m. 669/2 kapsamında denkleştirme alacaklısı olamayan sağ kalan eş, saklı paylı mirasçı sıfatına sahip olduğu için söz konusu kazandırma için tenkis talebinde bulunabilecektir.<sup>22</sup> Yargıtay, terditli olarak denkleştirme ve tenkis taleplerinin ileri sürülmüş olduğu bir davada, öncelikle denkleştirmenin, bunun mümkün olmaması halinde tenkise başvurulması gerektiğine isabetle karar vermiştir.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> ".... Mirasta denkleştirme davalarında, sadece yasal mirasçı aleyhine denkleştirme talebinde bulunulabilir, yasal mirasçı olmayanlara yapılan kazandırma denkleştirmeye tabi değildir. Miras bırakanın sağlar arası kazandırma olmalıdır. Ölüme bağlı tasarrufla yapılan kazandırma denkleştirmeye tabi değildir. Kazandırma karşılıksız olmalıdır. Kazandırma, miras payına mahsuben (iadeye tabi olarak) yapılmalıdır. Bağış amaçlı yapılan kazandırmalar denkleştirmeye (iadeye) tabi yapılan kazandırma aksi miras bırakan tarafından açıkça belirtilmemişse karine olarak denkleştirmeye (iadeye) tabidir. Altsoya yapılan sağlar arası kazandırmanın denkleştirmeye tabi olmadığını davalı (altsoy) ispatlamalıdır. Altsoy dışındaki yasal mirasçılara yapılan kazandırma, karine olarak denkleştirmeye (iadeye) tabi değildir. Altsoy dışındaki yasal mirasçıya yapılan kazandırmanın Denkleştirmeye (iadeye) tabi olduğunu davacı ispatlamalıdır. Miras bırakanın iradesinin denkleştirmeye (iadeye) tabi olup olmadığını ispatı şekle tabi değildir, her türlü delille ispatlanabilir. İade edilecek mal varlığı yönünden seçim hakkı davalıdır; ister aynen iade eder, isterse bedelini öder. Miras payının aşan kısmının davalıda kalması miras bırakanın iradesinden anlaşılıyorsa, aşan kısım için iade istenemez. Denkleştirme, denkleştirme anındaki değere göre yapılır. Denkleştirmede sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır. İslah olmadıkça ya da terditli dava açılmamışsa kendiliğinden tenkis davasına dönüşmez." Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/9041, K: 2019/3588, T: 18.04.2019 (UYAP).

<sup>20</sup> İmre / Erman, s. 515.

<sup>21</sup> Antalya, s. 453; Başara, s. 44 (Miras).

<sup>22</sup> İmre / Erman, s. 516; Nar, s. 34; Ayan, s. 309; İnan / Ertaş / Albaş, s. 594; Başara, s. 45 (Miras).

<sup>23</sup> "Somut olaya gelince; davacılar dava dilekçelerinde, mirasbırakan tarafından davalıya yapılan bağış işleminin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla ve davalının miras payına mahsuben yapıldığını ileri sürerek öncelikle denkleştirme nedeniyle taşınmazın tapusunun iptali ile terekeye iadesi olmazsa tenkisine karar ve-

## B. TENKİS DAVASI İLE DENKLEŞTİRME ARASINDAKİ FARKLILIKLAR

### 1. Konu ve Amaç Bakımından

Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufları ve sağlararası karşılıksız kazandırmaları tenkis davasının konusunu oluşturur. Denkleştirmenin konusu ise, sadece mirasbırakanın sağlararası karşılıksız kazandırmalarıdır.<sup>24</sup> Ölümüne bağlı tasarrufların denkleştirmeye konu olması söz konusu değildir. Bu nedenle tenkise tabi kazandırmaların konusu, denkleştirmeye tabi olan kazandırmalardan daha geniştir.<sup>25</sup> Tenkise ilişkin kurallar, emredici nitelikte oldukları için mirasbırakanın iradesiyle değiştirilemezler.<sup>26</sup> Mirasbırakanın iradesiyle, tenkise konu bir kazandırmayı tenkise tabi olmaktan çıkarması hükümsüzdür. Denkleştirmeye ilişkin kurallar ise, tamamlayıcı niteliktedir. TMK'nın m. 669 hükmüne göre, mirasbırakan bu kuralların uygulanıp uygulanmayacağına kendi iradesiyle karar verebilir. Bu nedenle mirasbırakan, kanunen yükümlü olmayan bir mirasçısını denkleştirme ile yükümlü kılabılırken, denkleştirme yükümlüsü bir mirasçısını da bu yükümlülüğünden kurtarabilir.<sup>27</sup>

Tenkis davasının amacı, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü sınırlarını aşmak suretiyle, saklı pay oranlarını ihlal eden tasarruflarının, yasal sınıra indirilmesidir.<sup>28</sup> Mirasta denkleştirmesinde ise, yasal mirasçılar lehine yapılmış olan sağlararası karşılıksız kazandırmaların terekeye iadesi veya miras payına mahsup edilmesiyle, yasal mirasçılarının miras paylarını almalarını sağlar. Mirasçılar arasında eşitliği sağlamayı amaçlayan denkleştirme, yasal mirasçılığı tamamlayıcı niteliktedir.<sup>29</sup>

Tenkis davası, yenilik doğuran bir davadır. Denkleştirme davasının niteliği ise talep içeriğine göre belirlenir. Buna göre yalnızca denkleştirme alacağının varlığının tespitine yönelik bir dava varsa tespit davası, buna karşılık denkleştirme konusunu paylaştırma prosedürü içinde elde etmeye yönelik bir dava varsa ifa davası söz konusudur.<sup>30</sup>

*rilmesi istemiyle terditli dava açmışlar ancak, mahkemece denkleştirme nedeniyle açılan dava hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmeksizin, terditli isteklerden tenkis istemi yönünden hüküm kurulmuştur. Hal böyle olunca, toplanılan tüm deliller değerlendirilmek suretiyle öncelikle iptal-tescil isteği bakımından bir karar verilmesi gerekirken HMK'nun 297/2. maddesine aykırı biçimde terditli isteklerden denkleştirme nedeniyle tapu iptal ve tescil istemi yönünden olumlu veya olumsuz bir karar verilmeksizin tenkis istemi yönünden hüküm kurularak yazılı şekilde neticeye gidilmiş olması doğru değildir." Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 2014/15467, K: 2016/3677, T: 28.3.2016 (UYAP).*

<sup>24</sup> Güleş, s. 372; Dural / Öz, s. 320; Başara, s. 30 (Miras); Tüfek, s. 105.

<sup>25</sup> Nar, s. 39.

<sup>26</sup> Dural / Öz, s. 290; Nar, s. 39; İmre / Erman, s. 515; Başara, s. 33 (Miras); Ozanemre Yayla, s. 73.

<sup>27</sup> İmre / Erman, s. 516; Antalya, s. 453; Kocayusufpaşaoğlu, s. 438; Başara, s. 33 (Miras).

<sup>28</sup> Ayan, s. 219; Kılıçoğlu, s. 247; Dural / Öz, s. 320; İmre / Erman, s. 262; Gönensay / Birsen, s. 74.

<sup>29</sup> Nar, s. 42; Güleş, s. 371; İmre / Erman, s. 516; Gençcan, s. 534.

<sup>30</sup> Güleş, s. 372.

## 2. Taraflar

Denkleştirme talebinde bulunacak kişinin mirasçı olması gerekli ise de, saklı paylı mirasçı olması gerekmez. Mirasçılarının alacaklıları veya iflas idaresi, mirasçı olmadıkları için denkleştirme talebinde bulunamazlar. TMK md.669/1'e göre, bir mirasçının denkleştirme talebinde bulunabilmesi için, birden fazla mirasçının olması gerektiği anlaşılır. Tenkis talebinde bulunabilecekler, saklı paylı mirasçılar ve bazı durumlarda mirasçılarının alacaklıları veya iflas idaresidir.<sup>31</sup> Saklı paylı mirasçılarının dışındaki mirasçılar, tenkis talebinde bulunamaz. Bu nedenle tenkis davasında davacılar, denkleştirme talebinde bulunabilecek kişilerden daha dardır.<sup>32</sup> Denkleştirme talebinde birden fazla mirasçı bulunması gerekmekte iken, tenkis talebinde bulunabilmek için sadece bir saklı paylı mirasçının bulunması yeterlidir. TMK m. 669/1 hükmüne göre, "*Yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler.*" Hükmün yorumundan ve mantık kuralları gereğince, mirasbırakanın yasal mirasçısının bir kişiden ibaret olduğu durumlarda, denkleştirmeden söz etmek mümkün değildir.<sup>33</sup>

Tenkis davasında davalılar, saklı payları ihlal eden kazandırmaların lehine yapıldığı kişilerdir. Bu kişiler, diğer mirasçılar ya da sair üçüncü kişiler olabilir.<sup>34</sup> Buna karşılık, denkleştirmede ise davalı yanda her zaman yasal mirasçılar bulunur. Çünkü denkleştirme, yasal mirasçılığı tamamlayan ve mirasçılar arasında eşitliği sağlama amacı güden bir kurumdur.<sup>35</sup> Feragat, çıkarma, yoksunluk gibi sebeplerle mirasçılık sıfatını kaybeden mirasçılar ve üçüncü kişiler denkleştirme yükümlüsü olamaz.<sup>36</sup> Zira TMK m. 670 hükmüne göre, "*Mirasın açılmasından önce veya sonra mirasçılık sıfatını kaybeden mirasçıya ait geri verme yükümlülüğü, onun yerini alan mirasçılara, miras paylarında meydana gelen artış oranında geçer.*" Ancak bu kişiler lehine yapılan kazandırmalar denkleştirmeye konu olamamakla birlikte, saklı payları ihlal ettikleri takdirde tenkise tabi olabilirler.<sup>37</sup>

## 3. Süre

TMK m. 571/1 hükmüne göre, "Tenkis davası açma hakkı, mirasçılarının

<sup>31</sup> Güleş, s. 372; Serozan / Engin, s. 245; Kılıçoğlu, s. 253; İnan / Ertaş / Albaş, s. 390; Öztan, s. 115; Antalya, s. 292; Kazancı / Apaydın, s. 779.

<sup>32</sup> Nar, s. 40; Kocayusufpaşaoğlu, s. 443.

<sup>33</sup> Dural / Öz, s. 321; İmre / Erman, s. 516; Nar, s. 41.

<sup>34</sup> Ayan, s. 221; Kılıçoğlu, s. 255; İnan / Ertaş / Albaş, s. 394; Dural / Öz, s. 326; Tüfek, s. 105; Kazancı / Apaydın, s. 784.

<sup>35</sup> Nar, s. 41; Serozan / Engin, s. 247; İnan / Ertaş / Albaş, s. 590; Dural / Öz, s. 321; İmre / Erman, s. 517; Antalya, s. 452; Başara, s. 35 (Miras).

<sup>36</sup> Antalya, s. 455.

<sup>37</sup> Nar, s. 41; İmre / Erman, s. 516; İnan / Ertaş / Albaş, s. 590.

saklı paylarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her halde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın açılması tarihinin üzerinden on yıl geçmekle düşer.” Maddeden de anlaşıldığı üzere, tenkis davasının açılması bakımından bir ve on yıllık iki farklı hak düşürücü süre düzenlenmiştir.<sup>38</sup> Dava açma hakkına sahip olan kişilerin, tenkis taleplerini bu süreler içinde ileri sürmeleri gerekir. Bunun yanında TMK md. 571/3’e göre, saklı paylı mirasçılara karşı henüz yerine getirilmemiş tasarrufların ifası talebi varsa, saklı paylı mirasçılar tenkis def’ini ileri sürebilirler.<sup>39</sup> Denkleştirmenin ne zamana kadar talep edilebileceğine ilişkin Kanun’da bir düzenleme bulunmamakla birlikte, denkleştirme talebi mirasın paylaşılması aşamasında ortaya çıktığı için, öğretide denkleştirme davasının da miras paylaşılmasının tamamlanmasına kadar açılması mümkün sayılmaktadır.<sup>40</sup> Mirasın paylaşılmasının gerek mirasçılarının anlaşmasıyla, gerekse hakim kararı ile gerçekleşmesinden sonra denkleştirme talebini ileri sürme hakkı sona erer.<sup>41</sup> Yargıtay verdiği bir kararda, dava tarihi itibarıyla murisin terekesinin henüz paylaşılmadığı için zaman aşımı süresinin dolmadığını belirtmiştir.<sup>42</sup>

### III. MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASI İLE KARŞILAŞTIRMA

#### A. GENEL OLARAK MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASI

Bir hakkın sahibi, onu haksız yere elinden tutandan geri vermesini isteyebilir.<sup>43</sup> Mirasbırakanın ölümü üzerine mirasçılar, külli halefiyet ilkesi uyarınca, mirasa kendiliğinden ve bir bütün olarak sahip olduklarından, onların tereke üzerindeki kendilerine intikal etmiş bu haklara dayanarak, terekeye kısmen veya tamamen el koymak isteyen kişilerden bunları talep edebilirler.<sup>44</sup> Mirasçılara zilyedliği koruyucu dava ve idari yollara müracaat haklarının yanı sıra, ayrıca

<sup>38</sup> Güleş, s. 373; Serozan / Engin, s. 251; Ayan, s. 224; Kılıçoğlu, s. 257; Sarı, s. 97; İnan / Ertaş / Albaş, s.399; Dural / Öz, s. 285; Öztan, s. 120; Antalya, s. 305; Kaçak, s. 212; Başara, s. 38 (Miras).

<sup>39</sup> Nar, s. 42; Serozan / Engin, s. 251; Kılıçoğlu, s. 257; İnan / Ertaş / Albaş, s. 397; Antalya, s. 306; Karayalçın, s. 85; Kaçak, s. 212.

<sup>40</sup> Nar, s. 43; İnan / Ertaş / Albaş, s. 595; Dural / Öz, s. 321; Başara, s. 219 (Miras).

<sup>41</sup> Nar, s. 43.

<sup>42</sup> “... Mirasta denkleştirme istemi mirasın paylaşılması tamamlanana kadar gerçekleştirilebilir. Başka bir anlatımla mirasta denkleştirme istemi miras paylaşılmadığı sürece zaman aşımına uğramaz. Mirasın taksimi halinde ise taksimin yapılmasından itibaren on yıllık zaman aşımı süresi içinde mirasta denkleştirmenin istenmesi gerekir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında dava konusu olaya bakıldığında... dava tarihi itibarıyla murisin terekesinin henüz paylaşılmadığına göre zaman aşımı süresinin dolmadığı anlaşılmaktadır. O halde, ... mirasın taksimi talep edilmedikçe denkleştirmenin yapılmayacağı gerekçesiyle davanın reddi isabetsiz olmuş ve bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2013/25017, K: 2014/573, T: 16/01/2014.

<sup>43</sup> Öztürkler, s. 107.

<sup>44</sup> Nar, s. 43; Ayan, s. 314; Hatemi, s. 171; Özüğür, s. 1475; İnan / Ertaş / Albaş, s. 539; Gençcan, s. 1210; İnal, s. 853; Akbiyık, Cem (2003) Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul, Der Yayıncılık, s. 318; Tandoğan, s. 271; Kaçak, s. 364.

TMK sadece mirasçılık sıfatlarından dolayı, miras haklarını koruyan özel bir dava hakkı tanımıştır. TMK'nın 637-639. maddelerinde düzenlenen bu dava, miras sebebiyle istihkak davasıdır.<sup>45</sup> TMK m. 637/1 hükmüne göre, "*Yasal veya atanmış mirasçı, terekeyi veya bazı tereke mallarını elinde bulunduran kimseye karşı mirasçılıktaki üstün hakkını ileri sürerek miras sebebiyle istihkak davası açabilir.*"

Miras sebebiyle istihkak davası, terekede yer alan bir malı veya hakkı iade etmesi gereken herkese karşı yöneltilebilir. Adi istihkak davasından farklı olarak, miras sebebiyle istihkak davasına taşınır ve taşınmaz eşyalar dışındaki tereke unsurları (fikri haklar, alacak hakları) da girebilir. TMK'nın m. 637 / 1 hükmüne göre, miras sebebiyle istihkak davası sadece belirli tereke mallarına haksız zilyet olanlara karşı da açılabilen bir eda davasıdır.<sup>46</sup>

TMK'nın m. 637-639 hükümleri arasında düzenlenen miras sebebiyle istihkak davası, mirasbırakandan külli halefiyet yoluyla mirasçıya geçen aynı ve şahsi iade davalarından oldukça farklıdır. Adi istihkak, menkul, akdi ifa ve iade, sebepsiz zenginleşme gibi davalar yoluyla mirasçı, mirasbırakanın sağlığında verdiği malları külli halefiyet yoluyla kendisine geçen akti ya da aynı iade davalarıyla talep edebilir. Ancak mirasçı, mirasbırakanın ölümünden sonra el konmuş olan terekedeki parayı ve eşyayı kendi mirasçılık sıfatına dayanan miras sebebiyle istihkak davası ile geri ister.<sup>47</sup> Miras sebebiyle istihkak davası, zilyet olmayan mirasçının, mirasçı olmayan haksız zilyete karşı açtığı davadır. Mirasçılık sıfatını taşımaları sebebiyle aslen ve doğrudan doğruya mirasçıların şahıslarından doğan bu dava, mirasçılara mirasbırakandan intikal eden bir dava değildir.<sup>48</sup>

## B. TENKİS DAVASI İLE MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASI ARASINDAKİ FARKLILIKLAR

### 1. Konu ve Amaç

Tenkis davasıyla, saklı payları ihlal eden kazandırmaların yasal sınıra çekilmesini amaçlanır. Miras sebebiyle istihkak davasının amacı ise, yasal ve atanmış mirasçıların tereke üzerindeki haklarını korumaktır. Tenkise konu olan kazandırma, saklı payları ihlal ettiği ölçüde hükümsüzdür. Kazandırmanın bir kısmı saklı payı ihlal ediyorsa, sadece o kısmı geçersiz olur. Tenkis davası sonucunda alınan yenilik doğuran kararlar, lehdar saklı paylı mirasçıya bir şey

<sup>45</sup> **Petek, Hasan** (2012) "Miras Sebebiyle İstihkak Davası ile Adi İstihkak Davası Yarışır mı?", Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, s. 28; **Nar**, s. 43; **Özcan**, s. 426.

<sup>46</sup> **Petek**, s.20; **Öztürkler**, s. 108; **Gençcan**, s. 1217; **Eren**, s. 105 (İstihkak); **Tandoğan**, s. 274.

<sup>47</sup> **Serozan / Engin**, s. 549; **İnan / Ertaş / Albaş**, s. 539.

<sup>48</sup> **Eren**, s. 1047 (İstihkak).

vermeye zorlanamaz. Böylelikle saklı payı ihlal eden kazandırmanın, yasal sınırlara çeken tenkis davasından sonra davacının ayrıca eda davası açması gerekir.<sup>49</sup> Ancak Yargıtay, tenkis davasını iki aşamaya ayırarak saklı payın ihlalinin saptanmasını tespit davası, bilahare saklı payın ne miktar tecavüze uğradığı ve bu kısmın mirasçıya iadesi hususu talebini de davanın eda kısmı olduğuna hükmetmiştir.<sup>50</sup>

Miras sebebiyle istihkak davası , dava konusu edilen şey zilyedinden alınarak tamamen geri verilmesini konu edinen bir eda davasıdır. Bu dava ile davalı, davacıya karşı bir edimde bulunma ( tereke konusu hak ve malları verme ) borcu altına girmektedir.<sup>51</sup> Yargıtay, mirasta iade, olmazsa tenkis isteğine ilişkin olarak açılan terditli bir davada, davalının mirasçı olmaması sebebiyle denkleştirme hükümlerinin uygulanamayacağına işaret ettikten sonra, miras sebebiyle istihkak davasının koşullarının aranmasını, mümkün olmadığı takdirde tenkis yönünden inceleme yapılmasını belirtmiştir.<sup>52</sup>

## 2. Taraflar

Tenkis davasını, saklı pay sahibi mirasçılar ve bazı durumlarda saklı pay sahibi mirasçılardan alacaklıları veya iflas idaresi açabilir. Miras sebebiyle istihkak davasını ise, tereke üzerinde sahip olduğu aynı hakkı ihlal edilen yasal veya atanmış mirasçılar açabilir. Miras sebebiyle istihkak davasının davacıları, saklı pay sahibi olup olmamalarının bir önemi bulunmadığından, tenkis davasının davacılarına göre fazladır.<sup>53</sup> Terekeyle doğrudan ilişkisi olmayan mirasçılardan alacaklıları ya da iflas idaresi, terekeye ilişkin olan miras sebebiyle istihkak

<sup>49</sup> Nar, s. 47; İnan / Ertaş / Albaş, s. 388; Dural / Öz, s. 277; Antalya, s. 292; Başara, s. 31 ( Miras ); Eren, s. 1052 ( İstihkak ); Uyar, s. 407; Yavuz, s. 291.

<sup>50</sup> "...Diğer taraftan, doktrinde saklı paylarının değerini alamayan mirasçılardan miras bırakanlarının, mirastan tasarruf edebileceği kısmı aşan yani saklı paylarına yaptığı tecavüzü ortadan kaldırmak ve geri alınmasını sağlamak için açtıkları davalar ise tenkis (İndirim) davaları olarak adlandırılmaktadır (4721 Sayılı TMK madde 569). Miras bırakanın, saklı paya tecavüzünün bulunup bulunmadığının tespiti davanın tespit kısmıdır. Bu işlem tespit edildikten sonra da ne miktar payın tecavüze uğradığı ve bu kısmın mirasçıya iadesi hususu da davanın eda kısmıdır. Tenkis davasında; miras bırakanın, mirasçının saklı payına tecavüz ederek vasiyetle veya ölüme bağlı diğer bir tasarrufla başka bir mirasçıya veya üçüncü kişiye bağışta bulunmuş olması, davanın açılması koşulu değildir. Miras Hukukundaki tenkis davaları, özünde geçerli olan işlemler için açılabilir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2011/2-515, K: 2011/605, T: 12.10.2011 ( UYAP ).

<sup>51</sup> Dural / Öz, s. 445; Nar, s. 47; Öztan, s. 426; Eren, s. 1048 ( İstihkak ); Tandoğan, s. 272.

<sup>52</sup> " Bilindiği üzere; TMK'nun 669. maddesinde 'yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlar arası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda davalı mirasçı değildir. Dolayısıyla 669. maddenin uygulanma yeri yoktur. Hemen belirtilmelidir ki, TMK 637 ve devamı maddelerinde miras sebebiyle istihkak davası düzenlenmiştir. Ne var ki; mahkemece bu yönde bir inceleme yapılmadığı gibi tenkis yönünden de bir inceleme yapılmamıştır. Hal böyle olunca; öncelikle iddianın miras sebebiyle istihkak bakımından incelenmesi bunun koşullarının oluşmadığı saptanır ise tenkis yönünden inceleme yapılması gerekirken değinilen hususları içermeyen biçimde yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir." Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 2016/1070, K: 2018/15646, T: 17.12.2018 (UYAP).

<sup>53</sup> Nar, s. 48; Serozan / Engin, s. 553; Oral, s. 81.

davasını açamazlar.<sup>54</sup>

Yargıtay, mirasbırakanın hiçbir mirasçısının tespit edilemediği bir olayda, TMK.nun 594. maddesinde belirtilen ilanların yapılmadan ve mahallinde keşif yapılarak mahalli bilirkişilerin dinlenilmeden miras sebebiyle istihkak davası açma hakkı saklı kalmak üzere, mirasın devlete geçeceğine dair verilen kararı isabetli olarak bozmuştur.<sup>55</sup>

Tenkis davasında davalı, kendi lehine tenkise konu bir kazandırma yapılan kişidir. Davalı, mirasçılardan biri olabileceği gibi, üçüncü bir şahıs da olabilir. Bu kişilere karşı tenkis talebinin ileri sürülebilmesi için, kazandırmayı elinde bulunduranların zilyetliklerin haksız olması koşulu gerekmez.<sup>56</sup> Davalının, kazandırmayı haksız olarak elinde bulundurması halinde, zilyetliği koruyan başka bir davanın açılması ya da idari mercie başvurulması gerekecektir. Miras sebebiyle istihkak davasının davalısı, tereke mallarını mirasçılık iddiasıyla ya da böyle bir iddiası olmaksızın haksız olarak elinde bulunduran üçüncü kişilerdir.<sup>57</sup> Terekede bulunan mallar üzerindeki zilyetliği hakka dayanan zilyetlere karşı bu davanın açılması mümkün değildir. Bu nedenle, bir kişiye karşı aynı anda hem tenkis davası hem de miras sebebiyle istihkak davası açılmaz.<sup>58</sup> Yargıtay, davacı tarafından açılan muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil, olmazsa tenkis, aksi halde miras sebebiyle istihkak davasında öncelikle tenkis

<sup>54</sup> **Dural / Öz**, s. 447; **Nar**, s. 47; **Serozan / Engin**, s. 552; **Ayan**, s. 314, **Özüğür**, s. 1478; **İnan / Ertaş / Albas**, s. 448; **Öztaş**, s. 429; **Akbıyık**, s. 155; **Eren**, s. 1054 (İstihkak); **Tandoğan**, s. 274.

<sup>55</sup> " 4721 sayılı TMK.nun 594. maddesi hükmünde, mirasbırakanın mirasçısı bulunup bulunmadığı veya mirasçılardan tamamı bilinmiyorsa, sulh hâkiminin uygun araçlarla ve bir ay ara ile iki defa ilân yapıp hak sahiplerini son ilândan başlayarak en geç bir yıl içinde mirasçılık sıfatlarını bildirmeye çağıracağı, ilân süresinde kimse başvurmazsa ve sulh hâkimi de hiçbir mirasçı tespit edememişse, miras sebebiyle istihkak davası açma hakkı saklı kalmak üzere mirasın devlete geçeceği belirtilmiştir.

*Davada sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için miras bırakanın ve mirasçılarının nüfus kayıtları ile adreslerinin belirlenmesi, bu bilgilerin elde edilebilmesi için bütün imkanların kullanılması gerektiği kuşkusuzdur. Ne var ki, mahkemece tapu kayıtları ve dayanak belgeleri getirilerek, miras bırakanın nüfus kayıt bilgileri ve adresi araştırılmamış, bu hususlar tapu sicil müdürlüğünden sorulmamış ve mirasçı bırakmaksızın ölen kişinin son mirasçısının Hazine olacağı ve TMK.n 594. maddesindeki ilanların yapılması gerektiği düşünülmeksizin yasal düzenlemeler göz ardı edilerek eksik araştırma ve soruşturma ile davanın reddine karar verilmiştir.*

*Dosyada bulunan 20.12.1952 tarihli kadastro tutanaklarında Mustafa oğlu Ahmet'in mirasçılardan söz edilmektedir. Mahkemece 20.12.1952 tarihli kadastro kayıtlarının dayanağını teşkil eden 26.09.1941 tarihli ve 122 nolu tapu kaydı ve dayanak vergi kaydı tüm tedavülleri ile birlikte tapu sicil müdürlüğünden istenerek incelenmeli, gerekirse konusuna uzman olan bilirkişiden rapor alınmalı, taşınmaz başında keşif yapılarak resen tespit edilecek mahalli bilirkişiler ve hayatta olmaları halinde tutanak bilirkişileri ile dava konusu taşınmazın diğer hissedarlarının veya mirasçılarının resen bilgisine başvurulmalı, davacıya delillerini bildirmesi için usulüne uygun süre verilerek bildirmesi halinde delilleri toplanmalı, TMK.nun 594. maddesinde belirtilen ilanlar yapılmali ve dosya içeriğindeki deliller birlikte incelenerek davalının davasını ispat edip etmediği duraksamalı belirlenmelidir. Mahkemece eksik araştırma ile karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulmasına karar verilmiştir." Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/11753,K: 2019/4699, T: 23.05.2019 (UYAP).*

<sup>56</sup> **Nar**, s. 48; **Serozan / Engin**, s. 553; **Dural / Öz**, s. 280; **Eren**, s. 1055 (İstihkak).

<sup>57</sup> **Dural / Öz**, s. 448; **Ayan**, s. 315; **Tandoğan**, s. 277.

<sup>58</sup> **Nar**, s. 48.

talebi hakkında araştırma yapılmasını işaret etmiştir.<sup>59</sup> Kanaatimce, üç kısımdan oluşan terditli davada, öncelikle muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil davası karara bağlanmalıdır. Zira, bu davada verilecek kabul kararı ile dava konusu taşınmaz mirasçılarının yasal miras payları oranında tapu siciline tescil edileceğinden dolayı, gereksiz tenkis hesaplaması yapılması, usul ekonomisi ve her üç hukuk müessesenin konuluş amaçlarına aykırılık oluşturacaktır.

### 3. Süre

Miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin süreler, tenkis davasından farklıdır. Miras sebebiyle istihkak davasında birden fazla süre bulunur. Ayrıca davalının iyiniyetli olması ya da olmaması, süreler için belirleyicidir. TMK md.639/1'e göre, *"miras sebebiyle istihkak davası, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her halde mirasbırakanın ölümünün veya vasiyetnamenin*

<sup>59</sup> " .... tenkis (indirim) davası, miras bırakanın saklı payları zedeleyen ölüme bağlı veya sağlar arası kazandırmaların (bağış) yasal sınıra çekilmesini amaçlayan, öncesine etkili, yenilik doğurucu (inşai) davalardandır. Tenkis davasının dinlenebilmesi için öncelikli koşul; mirasbırakanın ölüme bağlı veya sağlar arası bir kazandırma işlemi ile saklı pay sahiplerinin haklarını zedelemiş olmasıdır. Saklı payların zedelendiğinden söz edilmesi ise kazandırma konusu tereke ile kazandırma (temlik ) dışı terekenin tümiyle bilinmesiyle mümkündür. Tereke mirasbırakanın ölüm tarihinde bırakmış olduğu malvarlığı kıymetleri ile iadeye ve tenkise tabi olarak yaptığı kazandırmalardır. Bunlar terekenin aktifini oluşturur. Mirasbırakanın borçları, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin 743 sayılı Kanun uygulanacaksa bir aylık 4721 sayılı Kanun uygulanacaksa üç aylık nafakası, terekenin defterinin tutulması, mühürlenmesi, cenaze masrafları gibi giderler de pasifdir. Aktiften belirtilen borçların indirilmesi net terekeyi oluşturur. Tereke bu şekilde tesbit edildikten sonra mirasın açıldığı tarihteki fiyatlara göre değerlendirilmesi yapılarak parasal olarak miktarının tespiti gerekir (TMK m.564). Mirasbırakanın TMK'nin 506. maddesinde belirlenen saklı paya tecavüz edip etmediği bulunan bu rakam üzerinden hesaplanır. Tasarruf oranı aşılış ise tasarrufun niteliğine göre icap ederse kazandırma işleminde, saklı payları zedeleme kastının bulunup bulunmadığı objektif (nesnel) ve sübjektif (öznel) unsurlar dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira tasarruf oranını aşan her kazandırmada saklı payları zedeleme kastının varlığından söz edilemez.

Mutlak olarak tenkise tabi tasarruflarda (ölüme bağlı tasarruflar veya TMK'nin 565. maddesinin 1, 2 ve 3 bentlerinde gösterilenler) veya saklı payın ihlal kastının varlığı kesin olarak anlaşılan diğerlerinde özellikle muayyen mal hakkında tenkis uygulanırken TMK'nin 570. maddesindeki sıralamaya dikkat etmek davalı mahfuz hisseli mirasçılardan ise aynı Kanunun 561. maddesinde yer alan mahfuz hisseden fazla olarak alınanla sorumluluk ilkesini gözetmek, dava konusu olup olmadığına bakılmayarak önce ölüme bağlı tasarruflarla davacının saklı payını tamamlamak, sonra sağlar arası tasarrufları dikkate almak gerekir. Bu işlem sırasında dava edilmeyen kişi veya tasarrufların tenkisi gerekeceği sonucu çıkarsa davacının onlardaki hakkını dava etmemesinin davalıyı etkilemeyeceği ve birden çok kişiye yapılan teberru tenkise tabi olursa 563. maddede yer alan, alınanla mütenasip sorumluluk kuralı gözetilmelidir.

Davalıya yapılan malın tasarrufun tenkisine sıra geldiği takdirde tasarrufun tümünün değeri ile davalıya yapılan fazla teberru arasında kurulan oranda (Sabit Tenkis Oranı) tasarrufa konu malın paylaşılmasının mümkün olup olamayacağı (TMK m.564) araştırılmalıdır. Bu araştırma sonunda tasarrufa konu mal sabit tenkis oranında bölünebilirse bu kısımların bağımsız bölüm halinde taraflar adına tesciline karar verilmelidir.

Tasarrufa konu malın sabit tenkis oranında bölünmezliği ortaya çıktığı takdirde sözü geçen 564. maddedeki tercih hakkı gündeme gelecektir. Böyle bir durum ortaya çıkmadan davalının tercih hakkı doğmadan davalının tercihini kullanması söz konusu olamaz. Daha önce bir tercihten söz edilmişse sonuç doğurmaz. O zaman davalıdan tercihi sorulmak ve 11.11.1994 günlü 4/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca sıratle dava konusu olup sabit tenkis oranına göre bölünemeyen malın, karar tarihindeki rayice göre değeri belirlenmeli ve bu değer in sabit tenkis oranıyla çarpımından bulunacak nakdin ödetilmesine karar verilmelidir." Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 2016/9779, K: 2019/3469, T: 29.05.2019 (UYAP).



açılmasının üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar." TMK md. 639/2'ye göre, "iyiniyetli olmayanlara karşı zamanaşımı süresi yirmi yıldır." Miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin öngörülen sürelerin hukuki niteliği, zamanaşımı<sup>60</sup> niteliğinde olup, tenkis davasına ilişkin süreler hak düşürücü süre niteliğindedir.<sup>61</sup>

#### IV. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN İPTALİ DAVASI İLE KARŞILAŞTIRMA

##### A. GENEL OLARAK ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN İPTALİ DAVASI

Ölüme bağlı tasarruflar, TMK'nın " Miras Hukuku" başlıklı Üçüncü Kitabının "Mirasçılar" başlıklı birinci kısmında " Ölüme Bağlı Tasarruflar " başlıklı ikinci bölümde düzenlenmiştir. Ölüme bağlı tasarruflar özünde sağlar arası hukuki işlemler gibi birer hukuki işlemidir. Bu nedenle bu tasarrufların bazı geçerlilik koşullarını taşıması gerekir.<sup>62</sup> Hukuki işlemlerde görülecek geçersizlik haller, yokluk, butlan ( kesin hükümsüzlük), iptal edilebilirlik, tek taraflı bağlamazlık ve eksiklik olarak sayılabilir. Ölüme bağlı tasarrufların da aynı esaslar bağlamında değerlendirilmesi mümkündür.<sup>63</sup> Ölüme bağlı tasarrufun kurucu unsurları noksansa, bu tasarruf kendiliğinden ( eo ipso ) hükümsüz kalır. Özellikle ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesinin ( animus testandi'nin) eksik olduğu durumlar, hükümsüzlüğe örnektir.<sup>64</sup> Ancak hukuki işlemler, hata, hile, korkutma gibi bir nedenle sakatlanmışsa, iradesi sakatlanan kişi, işlemin iptalini TBK m. 39 hükmünde belirtilen süre içinde talep edebilir. Belirtilen sürede bu hak kullanılmadığı takdirde, işlem geçerli olur. Bu maddeye göre, " Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onanmış sayılır. Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz."

Ölüme bağlı tasarrufların iptali ise, mahkeme kararı ile mümkündür.<sup>65</sup> Ölüme bağlı tasarruflarda, mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi

<sup>60</sup> Gençcan, s. 1212; Kaçak, s. 367; Eren, s. 1057 (İstihkak).

<sup>61</sup> Özüğür, s. 1482; Dural / Öz, s. 286; Öztan, s. 432; Nar, s. 49; Gençcan, s. 629; Öztürkler, s. 109; Serozan / Engin, s. 555; Ayan, s. 315; " Talep alacak niteliğinde ise, bu süreyi zamanaşımı süresi olarak görebiliriz. ... Talep aynı bir talep ise, bu süreleri 'zamanaşımı' süresi olarak nitelemek; Türk Hukuku'nda aynı taleplerin ve davaların zamanaşımı süresine bağlı olmayacağı genel kabulü ile bağdaşmamaktadır" Hatemi, s. 173.

<sup>62</sup> Ruhi / Ruhi, s. 13.

<sup>63</sup> Ayan, s. 157.

<sup>64</sup> Serozan / Engin, s. 439.

<sup>65</sup> İmre / Erman, s. 205; Oral, s. 75; Nar, s. 50; Hatemi, s. 138; Öztan, s. 232; Güneri, Cemal (2018) Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, Ankara, Seçkin, s. 82.

amaçladığından, ölüme bağlı bir tasarruf hata, hile, korkutma gibi bir nedenle sakat olsa bile, dava açılmaması durumunda geçerli olduğu kabul edilmiştir. Ölüme bağlı tasarrufları, mümkün oldukça mirasbırakanın iradesi doğrultusunda ayakta tutmak gerekir.<sup>66</sup> Bu nedenle ölüme bağlı tasarruf, yalnızca mirasçı veya vasiyet alacaklısının iptali talep ve dava etmesi üzerine, mahkeme tarafından iptal kararı verilebilir.<sup>67</sup>

TMK m. 557 hükmüne göre, ölüme bağlı tasarrufların iptal sebepleri “tasarruf yapanın ehliyetsizliği, hukuka, ahlak ve adaba aykırılık, şekil eksikliği, hata, hile ve tehdit” olarak sayılmıştır. Yargıtay'a göre, ölüme bağlı tasarrufun iptali davasının sebepleri sınırlıdır.<sup>68</sup> Bu hallerde, davacıya sadece ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açma hakkı tanınarak, iptalin ancak mahkeme kararı ile söz konusu olduğu belirtilmiştir.<sup>69</sup> Mirasbırakanın irade bozukluğu ile yaptığı ölüme bağlı tasarruftan, bir yıllık hak düşürücü süre içinde dönmemişse, artık ölümünden sonra onun mirasçıları iptal davası açamaz.<sup>70</sup> Yargıtay, mirastan feragat sözleşmesinin, TBK'nun m. 27 hükmüne göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olması halinde sözleşmenin kesin olarak hükümsüz olacağından dolayı, davanın hak düşürücü süreye tabi olmadığına isabetle karar vermiştir.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> **Ruhi / Ruhi**, s. 14.

<sup>67</sup> **İmre / Erman**, s. 205; **Oral**, s. 75; **Nar**, s. 50; **Hatemi**, s. 138; **Özüğür**, s. 1209.

<sup>68</sup> "MK.557.maddesi iptal nedenlerini sınırlamıştır. Kural olarak anılan hüküm dışında bir nedenle vasiyetnamenin iptali istenemez ve hakim bu nedenlerle bağlıdır. Bu bakımdan vasiyet alacaklısının miras bırakandan önce ölmesi olgusuna dayanılarak vasiyetnamenin iptali istenemez. Bu husus vasiyetname alacaklı tarafından açılan vasiyetnamenin tenfiz davasında itiraz olarak ileri sürülebilir. O halde mahkemece, davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir." Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2010/19745, K: 2011/2854, T: 28.02.2011 (UYAP).

<sup>69</sup> **Oral**, s. 82; **Kılıçoğlu**, s. 192; **İnan / Ertay / Albaş**, s. 312; **Antalya**, s. 245; **Günay, Erhan** (2016) Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları, Ankara, Seçkin, s. 133; Ayrıntılı bir çalışma için Bakınız. **Başara, Gamze Turan** (2009) Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Ankara, Turhan Yayınevi, s. 31; **İnal**, s. 325; **Ruhi / Ruhi**, s. 43.

<sup>70</sup> **Gençcan**, s. 495.

<sup>71</sup> "Dava, TBK'nun 27.maddesi uyarınca kesin hükümsüzlük ve yine TBK'nun 30 ve devamı maddelerinde yer alan irade bozukluklarına dayalı olarak açılan mirastan feragat sözleşmesinin iptaline, olmadığı takdirde TMK'nun 506 ve devamı maddelerine göre tenkise veya feragat karşılığı olarak alınan 100 TL'nin geri verilerek miras paylaşımına katılmaya karar verilmesine ilişkindir. Mahkemece, sadece TBK'nun 30 ve devamı maddelerinde yer alan hukuki sebepler yönünden değerlendirme yapılarak TBK'nun 39.maddesinde yer alan 1 yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. TBK'nun 27.maddesinde yer alan kesin hükümsüzlük bakımından herhangi bir araştırma ve incelemenin yapılmadığı belirlenmiştir. Eski BK'nun 20.maddesinde yer alan "akdin mevzuunun gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) muğayir olması" durumlarına ilişkin herhangi bir incelemenin yapılmadığı saptanmıştır. 6098 sayılı TBK'nun 27.maddesine göre kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez, ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağı açıkça anlaşılırsa sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur, denilmektedir. O halde mahkemece eski BK'nun 20 ve yeni TBK'nun 27.maddelerinin kapsamları göz önünde bulundurularak ve bu maddede yer alan hükmün herhangi bir hak

Öğretide, TMK m. 557'de yer alan zorlamanın ( maddi cebirin ) tehditle birlikte aynı hukuksal potada eritilmesi ve iptal yaptırımına bağlanması haklı olarak eleştirilmiş ve zorlamanın her zaman kendiliğinden hükümsüz olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>72</sup> Ancak başka bir görüşe göre, TMK'nın 504/1 ve 557/2 maddesinde yer alan "zorlama" ibaresini " maddi cebir düzeyine ulaşmamış fiziksel zorlama" şeklinde anlaşılmasını belirten düşüncede isabet bulunmaktadır. Bu görüşe göre, kafasına silah dayanmış birisinin ölüme bağlı tasarruf yapmaya zorlanmasında olduğu gibi, maddi cebir altında tasarrufta bulunan iradesi tümüyle ortadan kaldırıldığından dolayı, tasarrufun yok sayılması gerektiği<sup>73</sup> isabetle belirtilmiştir. Zira, kafasına silah dayanmış bir kişinin iradesinden söz edilemez. Bu nedenle, sözleşmenin kurucu unsurlarını oluşturan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması halinde, sözleşme ilişkisi kurulamaz. Bir sözleşmenin yokluğu ( inexistence ) ilgili herkes tarafından, her zaman ileri sürülebilir. Hakim, bu hususu yargılama sırasında res'en göz önüne almak zorundadır.<sup>74</sup> Ancak bu gibi durumlarda açılacak bir menfi tespit davası ile, ölüme bağlı tasarrufun hiç meydana gelmediği veya baştan itibaren hükümsüz hale geldiği yahut sonradan hükümsüz kaldığı mahkemece hüküm altına alınabilir.<sup>75</sup> Yargıtay ise, TMK'nın m. 557 hükmünde sayılan sebeplerin bulunması halinde, vasiyetnamenin iptal edileceğini, ancak bu sebepler dışında kalan durumlara dayanılarak ölüme bağlı tasarrufun iptalini istenilemez ise de, koşullarının varlığı durumunda tenkis talebine konu edileceğini belirtmiştir.<sup>76</sup>

*düşürücü süreye tabi olmadığı gözetilerek, her türlü delille kanıtlanmasının mümkün olduğu göz önünde bulundurulurak iddia ve savunma doğrultusunda gerekli araştırma ve incelemenin yapılması ondan sonra uyumsuzluk hakkında olumlu ve olumsuz bir karar verilmesi gerekirken bu husus göz ardı edilerek ve eksik incelemeyle dayalı olarak hüküm kurulmuş bulunması usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E: 2013/19308, K: 2014/11767, T: 06.06.2014 (UYAP).*

<sup>72</sup> Serozan / Engin, s. 439.

<sup>73</sup> Ayan, s. 166; Başara, s. 67 (Hükümsüzlük); Güneri, s. 121.

<sup>74</sup> Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: 1, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 174.

<sup>75</sup> Kocayusufoğlu, s. 349.

<sup>76</sup> "...TMK'nın 557'nci maddesinde vasiyetnamenin iptali sebepleri sınırlı olarak sayılmış olup, bunlar; 1- Ehliyetsizlik, 2- Vasiyetnamenin yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama sonucunda yapılmış olması, 3- Tasarrufun içeriğinin bağlandığı koşullar veya yüklemelerin hukuka veya ahlâka aykırı olması, 4- Tasarrufun kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılmış olması hâlleridir. TMK'nın 557'nci maddesinde sayılan sebeplerin bulunması hâlinde vasiyetnamenin iptali gerekir. Bu sebepler dışında kalan durumlara dayanılarak ölüme bağlı tasarrufun iptali istenilemez ise de, koşullarının varlığı durumunda tenkis talebine konu edilebilir (TMK. m. 560-562).

*Tenkis, indirme, azaltma veya eksiltme anlamına gelmektedir. TMK'nın 560'ıncı maddesi ve devamı hükümlerinde düzenleme alanı bulan tenkis davası ise, miras bırakanın, saklı payı ihlâl eden sağlar arası veya ölüme bağlı kazandırmalarının, yasal sınıra indirilmesini sağlayan yenilik doğurucu nitelikte bir davadır (Nar, A.: Türk Miras Hukukunda Tenkis, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.14 vd.). Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere, tenkis davasının konusu, miras bırakanın, saklı paylı mirasçı/mirasçılarının saklı payını ihlâl eden ölüme bağlı ve sağlar arası tasarruflardır. Esasında kural olarak miras bırakanın ölüme bağlı ta-*

sarrufları tenkise tabidir. Zira kural olarak miras bırakan, sağlığında kendi mal varlığı değerleri üzerinde dilediği gibi tasarrufla bulunma özgürlüğüne sahiptir. Her özgürlükte olduğu gibi, burada da miras bırakanın sınırsız bir özgürlüğü yoktur. Bu nedenle TMK'nın 565'inci maddesinde dört bent hâlinde miras bırakanın tenkise tabi sağlar arası tasarrufları belirlenmiştir. Bir diğer anlatımla, miras bırakan sağlığında kendi mal varlığı değerleri üzerinde dilediği gibi tasarrufla bulunabilir. Ancak bu sağlar arası tasarruflar, TMK'nın 565'inci maddesi kapsamındaki tasarruflar kapsamında ise, bu durumda ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tabi olacaktır.

Miras bırakanın saklı payı ihlal eden bir tek tasarrufu varsa, ihlal edilen saklı pay miktarı bulunur ve bu oranda tenkis yapılır. Ancak tenkise tabi birden fazla kazandırma varsa, tenkiste sırayı düzenleyen

TMK'nın 570'inci maddesi hükmü gereğince tenkis yapılacaktır. Buna göre tenkis, saklı pay tamamlanmaya kadar önce ölüme bağlı tasarruflardan, bu yetmezse, en yeni tarihinden en eski tarihine doğru geriye gidilmek suretiyle sağlar arası kazandırmalardan yapılır. Ölüme bağlı kazandırmaların aksine, miras bırakanın yaptığı sağlar arası kazandırıcı hukuki işlemler kayıtsız, koşulsuz tenkise tabi tutulmamıştır. Burada işlemin tenkise tabi tutulabilmesi için ön koşul; saklı paya el atma, tasarruf edilebilirlik sınırının aşılmasıdır. Ancak bu da yeterli değildir. Sağlar arası kazandırmaların tenkise tabi tutulabilmesi için saklı paya el atma yanında TMK'nın 565'inci ve 567'nci maddelerinde açıklanan koşulların da gerçekleşmesi gerekmektedir.

Medeni hukuk yargılamasına hâkim olan ilkelere biri de taleple bağlılık ilkesidir. Bu ilke HMK'nın 26'nci maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, hâkim tarafların talepleri ile bağlıdır. Kanunlarda gösterilen sınırlı sayıda istisnalar bir kenara bırakılacak olursa talepten fazlasına veya talepten başka bir şeye karar veremez. Fakat hâkimin duruma göre talep sonucundan daha azına karar vermesinin önünde engel yoktur. Taleple bağlılık ilkesi özü itibarıyla hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olduğunu ifade eder. Taleple bağlılık ilkesinin taşıdığı ilk anlam; tarafın talep etmediği husus hakkında mahkemenin karar veremeyeceğidir. Buna göre tarafın neyi talep edip etmediği ve hâkimin ne hakkında karar verip veremeyeceği dava dilekçesine bakılarak tespit edilir. Bu tespitin konusunu, istenilen hukuki sonuç oluşturur. Bu itibarla hâkimin karar verme sınırı dava dilekçesi ile belirlenmiş olur. Taleple bağlılık ilkesinin taşıdığı ikinci anlam ise tarafın talebinden fazlasına mahkemece karar verilememesidir (HMK. m.26). Taleple bağlılık ilkesine yüklenen bu anlam aynı zamanda 24'üncü maddede ifade edilen "tasarruf ilkesi" ve 25'inci maddesinde yer alan "taraflarca getirilme ilkesi" ile de bağlantılıdır. Nihayet taleple bağlılık ilkesinin bir diğer anlamı ise hâkimin talep edilenin dışında, farklı bir şeye karar vermemesidir. Talep edilenin farklı bir şeye karar verememe, dilekçenin talep sonucu kısmı ile verilen hükmün sonuç kısmının karşılaştırılması suretiyle tespit edilir.

Uygulamada somut vakıalara dayanmadan davaların açılıp yürütülmesinin önüne geçmek amacıyla HMK'da yeni bir düzenleme yapılmış ve 194'üncü maddenin birinci fıkrasında "Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispatla elverişli şekilde somutlaştırılmışlardır." hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise somutlaştırma yükünün delillerle ilişkisi ortaya konulmuş ve tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmek zorunda oldukları düzenlenmiştir (HMK. m. 119/2). Diğer taraftan, HMK'da iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının başlangıcı, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinin verilmesine bağlanmıştır. Bu bakımdan cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri, önceki düzenlemeye göre daha önemli hâle gelmiştir. Bu dilekçeler ile taraflar birbirlerinin iddialarını ele alıp çürütmeye veya iddia ve savunmaların haklı bir temele dayanmadığını açıklamaya çalışırlar. Açık ki, davacı cevaba cevap dilekçesi ile iddiasını, davalı da ikinci cevap dilekçesi ile savunmasını dilediği gibi değiştirebilir ve genişletebilir. Ancak yazılı yargılama usulünün ilk aşamasını teşkil eden dilekçeler teatisi safhasının tamamlanması ile taraflar iddia ve savunma sebeplerini diğer bir deyişle davanın temelini oluşturan maddi vakıaları sınırlamış ve teksif etmiş olur (Postacıoğlu İ. E. / Altay S.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s.474).

İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının kapsamına iddia ve savunma sebebini oluşturan maddi vakalar da girdiğinden, bu yasağın yargılamanın hangi aşamasında başladığına ilişkin soruya cevap veren HMK'nın 141'inci maddesinde yer alan düzenlemeye de değinmek gerekmektedir. Bu hükme göre taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia ve savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise diğer tarafın açık muvafakati ve islah dışında iddia ve savunma genişletilemez yahut değiştirilemez (HMK m. 141/1).

Görüldüğü üzere cevaba cevap dilekçesinin verilmesinden sonraki evrede dava ve cevap dilekçelerinde bildirilen maddi vakıaların hem genişletilmesi hem de değiştirilmesi ilke olarak yasaktır. Bu yasağın kapsamına, dava sebebi olarak vakıalar ve talep sonucu dâhildir. Ancak talepten başka bir şeye hüküm verilen hâl-

Kanaatimizce zorlamanın maddi cebir boyutuna gelmesi halinde mirasbırakanın iradesinden bahsedilememesi sebebiyle, yasal ya da atanmış mirasçılarının süreye bağlı kalmaksızın menfi tespit davası açabilecekleri, favor testamenti kuralının da bir gereğidir.

ler ve kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda davayı genişletme veya değiştirme yasağı uygulanmaz (Pekcanitez H.: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.II, 15. Bası, İstanbul 2017, s.1250; Tanrıver, S.:Medeni Usul Hukuku, C.I, Ankara 2016, s.681,682). Bu yasağın istisnaları yine HMK'nın 141'inci maddesinin son fıkrasında açıklanmış ve karşı tarafın açık muvafakatı ya da islah suretiyle iddia ve savunmanın genişletilip, değiştirilebileceği kabul edilmiştir.

Dilekçeler teatisinin tamamlanmasından sonra yargılamanın ikinci kesiti olan ön inceleme aşamasına geçilecek, ön inceleme safhasında da öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar incelenecek, uyumsuzluk konuları tam olarak belirlenecek, tarafların delillerinin sunulması ve delillerin toplanması için gereken işlemler yapılacak ve taraflar, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda sulhe teşvik edilerek, bu hususlar tutanağa geçirilecektir (HMK m.137/1; 140/1). Madde metninde de yer alan "uyumsuzluk konularının tam olarak tespiti" ifadesi, yargılama bakımından büyük bir öneme sahiptir. Çünkü taraflar, yukarıda belirtildiği şekilde gerek 119'uncu maddenin birinci fıkrasının (e) ve (f) bentleri ile 129'uncu maddenin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri gerekse de 194'üncü madde kapsamında somutlaştırma yüküne uygun olarak iddia ve savunmalarını ileri sürmemişse, hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde tarafların iddia ve savunmalarını somutlaştırması, delillerle vakalar arasındaki bağın kurulması, bu noktada soru sorup açık olmayan noktaları aydınlatması gerekir. Bunun ardından hâkim, uyumsuzluk konularını net ve açık şekilde, tam olarak tespit etmelidir (Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s.1288).

Sözü edilen Kanunun 140'inci maddesinin üçüncü fıkrasında ise "Ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür" (HMK m. 140/3) denilmektedir. Maddeden anlaşıldığı üzere, ön inceleme aşamasında tutulan tutanak özel bir öneme sahiptir. Zira uyumsuzluk konuları çözümlenmişse bu tutanak bir sulh belgesi olarak kabul edilecek; uyumsuzluk devam edecekse tutanakte yer almayan hususlar tahkikatın konusunu oluşturmayacak, diğer bir ifadeyle hükme esas alınmayacaktır. Tahkikat aşamasında ise tarafların ileri sürdükleri vakaların doğru olup olmadığı araştırılıp tespit edilerek uyumsuzluk konularının gerçekliği çerçevesinde hüküm oluşturulacaktır (Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s.1232,1233).

Bu genel açıklamaların ışığında somut olaya bakıldığında; mahkemece vasiyetnamenin iptali isteminin reddine karar verildiği, dava dilekçesi incelendiğinde dava konusunu "05.07.2005 günlü Z..... Noterliğinin ..... Y. Nolu vasiyetmesinin iptali ile vasiyete konu taşınmazın tüm varisler adına tescilli istemi", talep sonucunun "vasiyetnamenin iptaline ve vasiyete konu taşınmazların tüm varisler adına tesciline..." ilişkin olduğu, "açıklamalar" başlıklı paragrafında sadece "...vasiyetnamenin tasarruf nisabını aşmıştır. Hukuka aykırıdır. Bu nedenle iptal edilmelidir." şeklindeki açıklamalara yer verildiği, ön inceleme duruşmasında ise tenkis istemine ilişkin bir beyanı bulunmadığı ve bir başka ifade ile somutlaştırma yükümlüğünün yerine getirilmediğinin anlaşıldığı, davanın reddine ilişkin ilk kararın temyiz dilekçesinde de ölüme bağlı tasarrufun tenkisini talep ettikleri hâlde bu talepleri hakkında bir karar verilmediğine dair temyiz istemi bulunmamaktadır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; davacının isteminin sadece vasiyetnamenin iptaline ilişkin olduğu, dava dilekçesinde tasarruf nisabından bahsedilmesinin sebebinin nisabı aşan tasarruf nedeniyle vasiyetnamenin hukuka aykırı olduğunu dile getirmek olduğu böyle olunca yerel mahkemenin yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında davacıların dava dilekçesinde tasarruf nisabının aşılması nedeniyle vasiyetnamenin iptalini talep ettikleri, TMK'da tasarruf nisabının aşılmasının ölüme bağlı tasarrufların iptal sebebi olarak değil de tenkis davası açılarak ya da savunma yoluyla ileri sürülebileceği hususu dikkate alındığında, davacının vasiyetnamenin iptali istemi yanında tenkis talebinin de bulunduğunu kabul eden Özel Daire bozma kararının yerinde olduğu ve bu sebeple yerel mahkeme kararının bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir. Bu nedenle usul ve yasa-ya uygun direnme kararının onanması gerekmektedir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2017/3-1017,K: 2018/1750, T: 20.11.2018 (UYAP).

## B. TENKİS DAVASI İLE ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN İPTALİ DAVASI ARASINDAKİ FARKLILIKLAR

### 1. Konu ve Amaç

Tenkis davasıyla saklı paylı mirasçının saklı payını korumak, iptal davasıyla da, iradi ya da yasal mirasçılarının, mirasçı olmalarından kaynaklanan haklarının korunması amaçlanır.<sup>77</sup> Tenkis davası mirasbırakanın hem ölüme bağlı hem de sağlararası tasarruflarını konu edinirken, iptal davası sadece ölüme bağlı tasarrufları konu edinir. İptal davasında, ölüme bağlı tasarrufun tamamen hükümsüz hale gelmesi, tenkis davasında ise, saklı pay ihlalini gidermek için saklı payı ihlal eden kısmın hükümsüz hale gelmesi talep edilir.<sup>78</sup> Öğretideki hakim görüşe göre, tenkis kararı gibi iptal kararı da nispi karakterli olup, davacı ve davalı kişiler hakkında hüküm doğurur. Bu nedenle, ehliyetsizlik ya da şekil noksanlığı gibi ölüme bağlı tasarrufun tamamını sakatlayan iptal sebebi bulunsa bile aleyhine iptal davası açılmamış kişiler yönünden ölüme bağlı tasarruf geçerliliğini korur.<sup>79</sup>

### 2. Taraflar

Tenkis davasının davacıları, TMK m. 560/1, 562 hükümlerine göre, saklı paylı mirasçılar ile bazı hallerde saklı paylı mirasçılarının alacaklıları ya da iflas idaresidir. Buna karşın iptal davası açma hakkına sahip kişiler ise, TMK md.558/1'e göre, mirasçılarının tamamı hatta koşulların gerçekleşmesi halinde vasiyet alacaklılarıdır. Bu nedenle iptal davasının davacıları, tenkis davasının davacılarına göre daha fazladır.<sup>80</sup> Tenkis davasının davalısı, mirasbırakan tarafından lehine tenkise tabi kazandırma yapılan kişidir. İptal davasında ise, iptal sebebiyle sakatlanmış olan ölüme bağlı tasarrufla miras hukukuna ilişkin bir menfaat sağlayan kişi davalıdır.<sup>81</sup>

### 3. Süre

TMK'nda, tenkis davasının açılabilmesi için , bir ve on yıllık iki farklı hak düşürücü süre düzenlenmiştir. İptal davası açma süresi açısından ise, bir, on ve yirmi olmak üzere üç ayrı hak düşürücü süre düzenlenmiştir. TMK md.559/1'e göre; "*İptal davası açma hakkı, davacının tasarrufu, iptal sebebini ve kendisinin*

<sup>77</sup> Nar, s. 53; Tüfek, s. 107.

<sup>78</sup> İmre / Erman, s. 216; Nar, s. 53; Tüfek, s. 107.

<sup>79</sup> Nar, s. 55; Dural / Öz, s. 224; İmre / Erman, s. 225; Ayan, s. 157; Öztan, s. 232; Özüğür, s. 1246.

<sup>80</sup> Nar, s. 53; Kılıçoğlu, s. 197; Özüğür, s. 1211; İnan / Ertaş / Albaş, s. 313; Öztan, s. 232; Gençcan, s. 495; Antalya, s. 256; Başara, s. 102 (Hükümsüzlük); Güneri, s. 160; Günay, s. 146.

<sup>81</sup> Dural / Öz, s. 225; Nar, s. 54; Ayan, s. 167; Antalya, s. 256; Başara, s. 101 (Hükümsüzlük); Güneri, s. 162; Ruhi / Ruhi, s. 45.

*hak sahibi olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her halde vasiyetname-lerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın geçmesi tarihinin üzerinden iyiniyetli davalılara karşı on yıl, iyiniyetli olmayan davalılara karşı yirmi yıl geçmekle düşer.”* denilmiştir. Yirmi yıllık süre de, on yıllık sürenin işlemeye başladığı tarihte işlemeye başlar. Kötüniyetli olanlara karşı , vasiyetname-lerde açılma tarihi, diğer tasarruflarda mirasın açılması tarihinden itibaren yirmi yıl içinde iptal davası açılabilir.<sup>82</sup> TMK md. 559/2’ye göre, iptal davasında davacı olabilecekler, tenkis davasında olduğu gibi herhangi bir süreyle sınırlı olmadan bir def’i hakkını kullanabilirler.<sup>83</sup>

## SONUÇ

Mirasbırakan sağlığında, belli şartlara uymak koşuluyla istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Türk Miras Hukukunda, ailenin korunması ve yasal mirasçılık, miras bırakanın tasarruf özgürlüğü ile ölüme bağlı tasarruf yapmak isteğine göre öncelikli görülmüştür. Mirasbırakanın yaptığı bazı ölüme bağlı ve sağlararası kazandırmaların, saklı payları ihlal ettikleri ya da tasarruf oranını aştıkları oranda etkisizleştirilmeleri, eğer henüz ifa edilmemişlerse, mirasçılarının bunları ifa borcundan kurtulması ve şayet ifa edilmişlerse bu oranda iadelerini sağlayan yenilik doğurucu nitelikteki davaya, tenkis davası denilmektedir.

Tenkis davası, saklı payın yaptırımıdır. Mirasta denkleştirme ise, mirasbırakanın mirasçılara yaptığı sağlararası karşılıksız kazandırmalar sebebiyle, mirasçılar arasında eşitliği sağlayan bir kurumdur. Denkleştirmede mirasçı, eşitliğin sağlanması amacıyla aldığı değerleri terekeye iade etmektedir. Miras sebebiyle istihkak davası , dava konusu edilen şey zilyedinden alınarak tamamen geri verilmesini konu edinen bir eda davasıdır. Bu dava ile davalı, davacıya karşı bir tereke konusu hak ve malları verme borcu altına girmektedir.

Tenkis davası mirasbırakanın hem ölüme bağlı hem de sağlararası tasarruflarını konu edinirken, iptal davası sadece ölüme bağlı tasarrufları konu edinir.

<sup>82</sup> Nar, s. 56; Ayan, s. 168; Hatemi, s. 139; Özüğür, s. 124; Öztan, s. 234; Antalya, s. 247; Başara, s. 104 (Hükümsüzlük); Gençcan, s. 516; Güneri, s. 169; Günay, s. 151; Kaçak, s. 152; Ruhi / Ruhi, s. 46.

<sup>83</sup> İnan / Ertaş / Albaş, s. 320; Ruhi / Ruhi, s. 46; Hatemi, s. 142; Özüğür, s. 1245; Sarı, s. 97; Nar, s. 56; Dural / Öz, s. 287; Öztan, s. 235; Başara, s. 107 (Hükümsüzlük); Gençcan, s. 516; Güneri, s. 172; Günay, s. 151; Kaçak, s. 152.

İptal davasında, ölüme bağı tasarrufun tamamen hükümsüz hale gelmesi, tenkis davasında ise, saklı pay ihlalini gidermek için saklı payı ihlal eden kısmın hükümsüz hale gelmesi talep edilir.



## KAYNAKÇA

- Akbıyık, Cem** (2003) Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul, Der Yayıncılık
- Antalya, O. Gökhan** (2015) Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Legal.
- Ayan, Mehmet** (2016) Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Aydın Ünver, Tülay** (2011) "Miras Birakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazandırmaları", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Başara, Gamze Turan** (2013) Miras Hukukunda Denkleştirme, Ankara, Turhan Yayınevi. (Miras).
- Başara, Gamze Turan** (2016) "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 7, S: 27, s. 365-407. (Tenkis).
- Başara, Gamze Turan** (2009) Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Ankara, Turhan Yayınevi. (Hükümsüzlük).
- Bayramoğlu, Necati Şükrü** (2013) Türk Medeni Hukukunda Denkleştirme, (Yüksek Lisans), Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut** (2015) Türk Özel Hukuku - Cilt IV - Miras Hukuku, 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Eren, Fikret** (2016) "Miras Sebebiyle İstihkak Davası", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C: 22, S: 3, s. 1045-1061 (İstihkak).
- Eren, Fikret** (1973) Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Tenkis).
- Gençcan, Ömer Uğur** (2011) Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Göktürk, Hüseyin Avni** (1937) Miras Hukuku, Ankara, Devlet Basımevi.
- Gönensay, Samim/Birsan, Kemaleddin** (1956) Miras Hukuku, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Günay, Erhan** (2016) Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları, Ankara, Seçkin.
- Güleş, Bedia** (2018) "Türk Miras Hukukunda Denkleştirme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 134, s. 355 - 430.
- Güneri, Cemal** (2018) Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, Ankara, Seçkin.
- Hatemi, Hüseyin** (2018) Miras Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Onikilevha.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan** (2017) Miras Hukuku, 13. Basım, İstanbul, Der Yayınları.
- İnal, Nihat** (2016) Miras Davaları, 5. Baskı, Ankara, Bilge.
- İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan** (2019) Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Kaçak, Nazif** (2006) Miras Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

- Kazancı, İdil Tuncer/Apaydın, Bahar Öcal** (2015) "Mirasçılarının Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı C: 2, s. 775-808.
- Karayalçın, Yaşar** (2000) Mirasbırakanın Muvazaası Mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması Mı? Bir Tartışma, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2018) Miras Hukuku, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (1987) Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Nar, Ahmet** (2016) Türk Miras Hukukunda Tenkis, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.
- Oral, Alkım** (2018) " Miras Hukukunda Tenkis Davası", (Yüksek Lisans), Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut** (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: 1, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay** (2011) Mirasın Paylaşılması, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Özdoğan, Nurcihan Dalcı** (2017) " Sağlararası Kazandırma Konusu Taşınmazların Tenkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 7, s. 363 - 393.
- Öztan, Bilge** (2018) Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Öztürkler, Cemal** (2004) Mirasta Denkleştirme, Ankara, Seçkin.
- Özuğur, Ali İhsan** (2016) Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Petek, Hasan** (2012) "Miras Sebebiyle İstihkak Davası ile Adi İstihkak Davası Yarışır mı?", Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, s. 28-34.
- Ruhi, Canan / Ruhi, Ahmet Cemal** (2015) Ölümüne Bağlı Tasarruflar ve İptali, Ankara, Seçkin.
- Sarı, Suat** (2018) Miras Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay** (2018) Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Tandoğan, Haluk** (1995) "Miras Sebebiyle İstihkak Davası", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 1-2, s. 268-284.
- Turanboy, Nuri** (2010) Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlar Arası Hukuki İşlemleri, Ankara.
- Tüfek, K. Gültekin** (1977) Miras Hukukunda Tenkis ve İade Davaları, Ankara, Olgaç Matbaası.
- Uyar, Talih** (1971) "Uygulamada Tereddüt ve İhtilaf Konusu Olan Üç Müessesese: Mirasta Tenkis - İptal ve İade", Ankara Barosu Dergisi, S: 3, s. 406-419.
- Yazar, İbrahim** (2017) " Miras Hukukunda Tenkis", Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Yavuz, Cevdet** (1985) "Miras Hukukunda Tenkisten Sonra Tenkis Konusu Geri Verme (İade) Yükümlülüğü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: LI. S: 1, s. 261-333.
- UYAP** (Ulusal Yargı Ağı Projesi)

## ANONİM ŞİRKETLERDE BORCA BATIKLIK VE SIRADAN ÇEKİLME SÖZLEŞMELERİ

Şükriye DÖNMEZ ASLAN\*

### ÖZET

Anonim şirketlerde malvarlığı ile sınırlı sorumluluk ilkesi geçerlidir. Bu açıdan malvarlığının korunması önem arz etmektedir. Kanunlarımızda da malvarlığının korunmasına ve malvarlığında azalma meydana gelmesi halinde alınacak tedbirlere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Borca batıklık halinde de şirketin mevcut ve alacakları şirketin borçlarını karşılayamamaktadır. Bu sebeptir ki anonim şirketlerde borca batıklık istenmeyen bir durum olarak karşımıza çıkar. Anonim şirketler bakımından borca batıklık ve borca batıklık halinde yönetim kurulunun görevleri Türk Ticaret Kanunu 376/3 maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda yönetim kurulunun başlıca görevi bilanço hazırlamak ve borca batıklık sonucunun elde edilmesi halinde mahkemeye başvurarak şirketin iflasını istemektir. Kanunda borca batık şirketin iflasını önleyen istisnai bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Buna göre geçerli bir sıradan çekilme sözleşmesinin varlığı halinde şirketin iflasına karar verilemez.

Bu çalışmada öncelikle anonim şirketlerde borca batıklık kavramı açıklanacak, borca batıklığın tespiti noktasında yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarına değinilecektir. Ardından sıradan çekilme sözleşmeleri, sıradan çekilme sözleşmelerinin hukuki niteliği, sonuçları ve sıradan çekilme sözleşmelerinde mahkemenin yetkisine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Borca Batıklık, Anonim Şirket, İflas, Sıradan Çekilme, Sıradan Çekilme Sözleşmeleri, Yönetim Kurulu.

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi, sukriye2467@gmail.com,

ORCID ID: 0000-0002-1856-394X, (Geliş Tarihi: 13.09.2019 – Kabul Tarihi: 13.01.2020).

## OVER-INDEBTEDNESS AND LETTER OF SUBORDINATIONS IN JOINT-STOCK COMPANIES

### ABSTRACT

In joint-stock companies the principle of liability limited to the assets is valid. In this respect, protection of assets is important. In our laws, regulations regarding the protection of assets and measures to be taken in case of decrease in assets are included. In case of over-indebtedness current and receivables of the company can not meet the debts of the company. For this reason, it is an undesirable situation in the joint stock companies to over-indebtedness. For the joint-stock companies, over-indebtedness and the duties of the board of directors in case of over-indebtedness are regulated in the article 376/3 of the Turkish Commercial Code. Within this scope, the main duty of the board of directors is to prepare the balance-sheet and to apply to the court in case of the result of over-indebtedness to request to bankruptcy of the company. The code also includes an exceptional regulation to prevents the bankruptcy of the company. Accordingly, the bankruptcy of the company cannot be decided in the presence of a valid letter of subordination.

In this study firstly over-İndebtedness in joint-stock companies will be explained and the duties of the board of directors will be dealed in point detection of over-indebtedness. Next, the explatations related about letter of subordination agreements, legal nature of the agreement, conclusions of the agreement, jurisdiction of the court will be given.

Keywords: Over-Indebtedness, Joint-Stock Company, Bankruptcy, Letter of Subordination, Letter of Subordination Agreements, Board of Directors.

## GİRİŞ

Sermaye şirketlerinde alacaklılara karşı sorumluluk şirkete koyulan sermaye ile sınırlıdır. Ayrıca şirket, alacaklılarına karşı malvarlığı ile sorumludur. Bu sebeptendir ki, alacaklıların tek güvencesi şirketin sermayesidir. Dolayısıyla sermaye şirketlerinde, konumuz bazında anonim şirketlerde, sermaye ve sermayenin korunması önem arz etmektedir. Kanunumuz da şirket malvarlığının korunmasına<sup>1</sup> ilişkin önemli düzenlemelere yer vermiştir. Anonim şirketler bakımından sermaye kaybı ve bu durumda yapılması gerekenler Türk Ticaret Kanunu'nun 376. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemenin 1. ve 2. fıkrasında belli oranlarda sermaye kaybı yaşanması haline yer verilmiş ve bu durumlarda yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarına yer verilmiştir. 3. fıkrasında ise borca batıklık hali özel olarak düzenlenmiş, borca batıklık şüphesinin varlığı halinde yapılması gerekenlere değinilmiş ve yönetim kurulunun görevlerine yer verilmiştir.

Kanunumuza göre, şirketin borca batık olduğuna ilişkin şüphelerin varlığı halinde yönetim kurulu derhal bir ara bilanço düzenlemek zorundadır. Kanunda yönetim kuruluna iki esasa göre bilanço düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre, yönetim kurulu hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre bilanço düzenlemekle yükümlüdür. Hazırlanan bilançoların her ikisi de borca batıklık sonucunu gösterebileceği gibi farklı sonuçlar göstermeleri de mümkündür. Bilançoların farklı sonuçlar göstermesi halinde hangisine itibar edileceği, bu durumda da mahkemeye bildirimde bulunmak gerekip gerekmediği hususunda açıklık yoktur. Öğretide bu konuyla ilgili olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Öğretideki bu görüşlerin yanı sıra uygulamada yaşanan sorunlara çözüm bulmak amacıyla olsa gerek İcra İflas Kanununun 179. maddesinde 2016 yılında yapılan değişiklikle,

<sup>1</sup> Malvarlığının korunması ilkesi gereğince şirketin kuruluşunda ve faaliyetlerine devam ettiği sırada malvarlığının korunması esastır. Malvarlığının korunması ilkesi kendisini öncelikle şirketin kuruluşunda gösterir. Anonim şirkete hizmet edimleri ve kişisel emeğin, vadesi gelmemiş alacakların, üzerinde sınırlı aynı hak, haciz veya tedbir bulunan malvarlığı unsurlarının sermaye olarak getirilememesi (TTK 342/1) bu ilkenin bir sonucudur<sup>1</sup>. Yine aynı sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazlara bilirkişilerce değer biçilmesi (TTK 343), taşınmazların güvenilir kişiye tevdi, nakit sermayenin bankada şirket adına açılan hesaba yalnızca şirketin kullanabileceği şekilde yatırılması (TTK 345) da bu kapsamdadır. Şirketin kuruluşundan sonra ise sermayenin pay sahiplerine iadesi yasağı, sermaye kaybı halinde önlemler alınmasının kanunda düzenlenmiş olması (TTK 376) malvarlığının korunması ilkesinin bir sonucudur. Ayrıntılı açıklama için bkz. **Tekinalp, Ünal** (2010) "Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C: II, 1. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, s. 1683 ve devamı.

borca batıklığın tespitinde aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen bilançoya üstünlük tanınmıştır.

Hazırlanan bilançoların borca batıklık sonucunu göstermesi halinde yönetim kurulunun gecikmeksizin mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunarak şirketin iflasını istemesi gerekmektedir. Borca batıklık şirketin doğrudan doğruya iflası sebebidir. Yönetim kurulunun borca batıklık bildiriminden sonra mahkeme şirketin gerçekten borca batık olduğu kanaatine varırsa şirketin iflasına karar verir. Yönetim kurulunun Türk Ticaret Kanunu'nun 376/3 fıkrasında düzenlenen bilanço hazırlama ve mahkemeye bildirimde bulunma yükümlülüğü onun devredilemez görev ve yetkilerindedir. Yönetim kurulunun bu yükümlülüklerini gerektiği gibi yerine getirmemesi yönetim kurulu üyelerinin Türk Ticaret Kanunu anlamında hukuki sorumluluğunu doğurduğu gibi, İcra İflas Kanunu ve Türk Ceza Kanunu anlamında cezai sorumluluklarını da doğurur.

Borca batıklık anonim şirketler bakımından doğrudan doğruya iflas sebebi olmakla birlikte kanunda borca batık şirketin iflasını önleyen istisnai bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Buna göre şirket, açığını karşılayarak şirketin borca batıklık durumunu ortadan kaldıracak miktardaki şirket borçlarının alacaklıları ile sıradan çekilme sözleşmesi yapmışsa artık şirketin iflasına karar verilemeyecektir. Bu sonucu doğurabilmesi için şirketle sıradan çekilme sözleşmesi imzalanmış olması yeterli değildir. Ayrıca mahkemece atanan bilirkişilerce bu sözleşmenin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeligi hususunun tespit edilmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere, sıradan çekilme sözleşmesi imzalanması yönetim kurulunun mahkemeye bildirimde bulunmasını değil şirketin iflasını önleyen bir istisnadır.

Sıradan çekilme sözleşmelerinin şirketin iflasına karar verinceye kadar her zaman yapılması mümkündür. Sözleşmenin tarafları borca batık olan şirket ile alacağı şirketin borca batıklığını ortadan kaldıracak miktardaki şirket alacaklılarıdır. Kanunen sözleşmenin yazılı olarak yapılması geçerlilik şartıdır. Kanunda sözleşmenin geçerliliği için bir süre öngörülmemiştir. Niteliği gereği sıradan çekilme sözleşmeleri şirketin borca batıklığı ortadan kalkıncaya kadar, şirket borca batıklıktan kurtulamayarak iflas ederse diğer tüm alacaklılar tatmin edilinceye kadar devam eder.

Sıradan çekilme sözleşmesi ile alacaklı, şirket borca batıklıktan kurtuluncaya kadar alacağını talep etmemeyi, şirket borca batıklıktan kurtulamayıp iflas

ederse de sırada en sona gitmeyi taahhüt eder. Borçlu şirket de borca batıklık sona erinceye kadar sözleşmenin tarafı olan alacaklıya ödeme yapmamayı taahhüt eder.

Sıradan çekilme sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Ağırlıklı olarak sıradan çekilme sözleşmesinin üçüncü şahıs yararına sözleşme veya sui generis bir sözleşme olduğu yönünde görüşler vardır. Ayrıca sıradan çekilme sözleşmesinin erteleme sözleşmesi ve ibra sözleşmesi olup olmadığı üzerinde de düşünülmüştür.

Sıradan çekilme sözleşmesi imzalanması ile şirket borca batıklıktan kurtulmuş olmaz. Ayrıca sıradan çekilme sözleşmeleri şirket için bir iyileştirme tedbiri de değildir. Sözleşmenin imzalanması ile şirket yalnızca, faaliyetlerine devam ederek mali durumunu düzeltme imkânı elde eder.

Alacaklısıyla sıradan çekilme sözleşmesi imzalayan şirketin yönetim kurulu, şirketin borca batık olduğunu ve alacaklısıyla sıradan çekilme sözleşmesi imzaladığını mahkemeye bildirir. Mahkeme, bilirkişilere yaptıracığı inceleme sonucunda şirketin borca batık olduğu ve gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliliği bilirkişilerce tespit edilen bir sıradan çekilme sözleşmesinin bulunduğu kanaatine varırsa şirketin iflasına karar veremez. Ancak bilirkişilerce sözleşmenin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliliği tespit edilemezse mahkemece şirketin iflasına karar verilir.

Bu çalışmada anonim şirketlerde borca batıklığa ve borca batıklık halinde yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarına değinildikten sonra sıradan çekilme sözleşmelerinden, sözleşmenin hukuki niteliği ve sonuçlarından bahsedilecek ve sıradan çekilme sözleşmelerinde mahkemenin yetkisine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

## **I. BORCA BATIKLIK DURUMU, BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ VE BORCA BATIKLIĞIN SONUÇLARI**

### **A. TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE BORCA BATIKLIK VE BORCA BATIKLIĞIN SONUÇLARI**

#### **1. Borca Batıklık**

Sorumluluğun sermaye ile sınırlı olduğu ve malvarlığı ile sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu sermaye şirketleri ve kooperatifler bakımından şirketin sermayesi ve bu sermayenin korunması önem arz etmektedir. Bundan dolayı da sermaye şirketlerinde sermaye kaybı istenmeyen bir durumdur. Kanunlarımızda da sermaye şirketlerinde, şirket sermayesinin korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmekle birlikte, sermaye kaybı halinde alınması gereken

tedbirlere ve şirket yetkililerinin sorumluluklarına ilişkin hükümlere de yer verilmiştir.

Borca batıklık durumu da sermaye şirketleri, konumuz bazında anonim şirketler, açısından istenmeyen durumların başında gelir. Bu kapsamda Türk Ticaret Kanunu'nda borca batıklık durumu ve borca batıklık halinde yapılması gerekenler açıkça düzenlenmiştir. Kanunumuzun 376. maddesinde yer alan bu düzenleme ile borca batıklık tanımlanmaya çalışılmış ve borca batıklık halinde yönetim kurulunun görevlerine yer verilmiştir. Borca batıklığa ilişkin kanundaki bu düzenlemeden hareketle öğretilerde de borca batıklık kavramı tanımlanmaya ve açıklanmaya çalışılmıştır. Kanundaki ve öğretilerdeki tanımıyla borca batıklık, şirketin mevcudunun ve alacaklarının şirket borçlarını karşılamaya yetmemesi halidir<sup>2</sup>. Tanımdan da açıkça anlaşılacağı üzere, şirketin ödeme güçlüğü içinde olduğu her durum borca batıklık anlamına gelmemektedir. Şirketin sermaye kaybı, ödemelerini tatili, likidite sıkıntısı çekmesi gibi durumlarda şirket ödeme güçlüğü içinde olmakla birlikte mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yettiğinden borca batıktan söz edilemez. Borca batıklık halinde şirket malvarlıklarının piyasa bedeli üzerinden değerleri şirketin para, mal, iş ve hizmet borçlarını karşılayamaz hale gelmektedir<sup>3</sup>. Öğretilerde Üstündağ, borca batıklığı, pasiflerin aktiflerden fazla olması olarak ifade etmiştir<sup>4</sup>. Atalay ise, borca batıklığın şirketin aktiflerinin şirket pasiflerini karşılayamaması şeklinde ifade edilmesinin şirketin pasiflerinin arasında şirketin borçları arasında yer almayan esas sermaye, yedek akçeler ve benzeri kalemlerin de bulunması karşısında tereddüt oluşturduğunu ifade etmiştir<sup>5</sup>. Şirketin borca batık olup olmadığının anlaşılmasında aktiflerinin değeri ile borçlarının toplamı karşılaştırılır<sup>6</sup>. Borca batıklık halinde şirketin mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmemektedir<sup>7</sup>. Yani borçları aktiflerinden fazla olan şirket borca batık haldedir. Borca batıklıktan söz edebilmek için şirketin aktiflerinin defter değerleriyle değil gerçek değerleriyle değerlemeye tabi tutulmaları halinde

<sup>2</sup> **Atalay, Oğuz** (2003) İflasın Ertelenmesi, Bankacılar Dergisi, S: 47, s. 93-98., s. 93.; **Atalay, Oğuz** (1996) Anonim Şirketlerin İflası, 1. Baskı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s. 47.; **Türk, Ahmet** (2004) Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflası ve İflasın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflas Kanununda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler, DEÜHFD, C: 6, S: 1, s. 295-334, s. 304-305.; **Kayar, İsmail** (2012) "Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları" 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C: 18, S: 2, s. 647.

<sup>3</sup> **Domanıç, Hayri** (1988) Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul, Temel Yayınevi, s. 547.;

<sup>4</sup> **Üstündağ, Saim** (2010) Türk Ticaret Kanunu'nun 324. Maddesinin 3. Fıkrası Üzerine Düşünceler; Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 228.

<sup>5</sup> **Atalay** (1996), s. 47.

<sup>6</sup> **Öztek, Selçuk** (2005) İflasın Ertelenmesi, Bankacılar Dergisi, S: 53, s. 42.

<sup>7</sup> **Yılmaz, Berna Burcu** (2009) İflasın Tespiti ve Ertelenmesi Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirilmesi, Tümbob Yayınları, s. 407-408.



şirketin borçlarını karşılamaya yetmemesi gerekmektedir<sup>8</sup>. Bir diğer deyişle, şirketin zararları toplamı şirket aktiflerinin muhtemel satış değerleri toplamını aşmalıdır<sup>9</sup>.

## 2. Borca Batıklığın Sonuçları

Kanunlarımızda borca batıklığa önemli sonuçlar bağlanmıştır. Borca batıklık İcra İflas Kanununa göre şirketin doğrudan doğruya iflasını gerektiren bir durumdur. İcra İflas Kanunu'nun 179. maddesine göre, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğu kanunun öngördüğü kişilerce beyan edilir ve mahkemece borca batıklık durumu tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflasına karar verilecektir. Mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyen, dolayısıyla borca batık olan anonim şirketlerde yönetim kurulunun, Türk Ticaret Kanunu'nun 376/3 fıkrası ve İcra İflas Kanununun 179. maddesi hükümleri gereğince borca batıklık durumunu mahkemeye bildirerek şirketin iflasını istemesi gerekmektedir. Borca batıklık durumunun mahkemeye bildirilmesi ve şirketin iflasının istenmesi anonim şirket yönetim kurulu için kanuni bir yükümlülüktür.

## 3. Borca Batıklık Durumunda Yönetim Kurulunun Görevleri

Şirketin en iyi şekilde yönetiminden sorumlu olan yönetim kurulu şirket işlerini özen yükümlülüğüne riayet ederek sürdürmelidir. Türk Ticaret Kanunu'nun 369. maddesi gereğince yönetim kurulu üyeleri görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar. Bu çerçevede, yönetim kurulu üyeleri şirketin mali durumunu yakından takip etmek ve sermaye kaybına karşı gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Yönetim kurulu öncelikle şirketin sermayesinin korunması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Özenli bir yönetime rağmen sermaye kaybı yaşanması halinde de kanunda öngörülen tedbirleri almak ve gerekli yerlere başvurmakla yükümlüdür. Anonim şirketler bakımından bu yükümlülükler Türk Ticaret Kanunu'nun 376. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk iki fıkrasında sermayenin belli oranlarda kaybı halinde yönetim kurulunun yükümlülüklerine yer verilmiştir. 3. fıkrada ise borca batıklık halinde

<sup>8</sup> Üçışık, Güzin / Çelik, Aydın (2013) Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 413.; Altaş, Soner (2016) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 355.

<sup>9</sup> Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin (2014) Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 111.

yönetim kurulunun yükümlülüklerine yer verilmiştir. Borca batıklıkta yönetim kurulunun yükümlülükleri borca batıklığa ilişkin şüphe ile başlar<sup>10</sup>. Borca batıklık şüphesinin doğduğu anda yönetim kurulu derhal bir ara bilanço düzenlemekle yükümlüdür. Kanunda düzenlenecek olan ara bilançonun özelliklerine ve hangi esasa göre düzenleneceğine de yer verilmiştir. Buna göre yönetim kurulu hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre bir bilanço hazırlamakla yükümlüdür<sup>11</sup>. Borca batıklık şüphesinin varlığına rağmen ara bilanço düzenlemeyen yönetim kurulu üyeleri şirketin ve alacaklılarının bu sebeple uğradıkları zararlardan sorumludurlar<sup>12</sup>. Hazırlanan bu bilançolardan şirketin borca batık halde olduğunun tespit edilmesi halinde yönetim kurulu bu durumu gecikmeksizin mahkemeye bildirmek zorundadır. Yönetim kuruluna yüklenen bu yükümlülük TTK 375/1-g fıkrası gereğince yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında yer almaktadır. TTK 375/1 maddesi emredici nitelikte bir düzenleme olduğundan şirket esas sözleşmesiyle veya pay sahiplerinin aralarında yaptıkları pay sahipleri sözleşmesiyle aksine herhangi bir düzenleme yapılması mümkün değildir<sup>13</sup>.

6102 sayılı Kanunda 376. maddenin ilk halinde yönetim kurulu tarafından hazırlanan bilançonun denetçiye verilmesi ve denetçinin 7 iş günü içinde bilanço-yu inceleyerek değerlendirme ve önerilerini bir rapor halinde yönetim kuruluna sunması esası getirilmiştir. Buna göre, 376. maddenin ilk halinde yönetim kurulu hazırlamış olduğu bilanço-yu öncelikle incelemesi için denetçiye sunacaktı. Denetçi kanunda öngörülen 7 iş günlük süre içinde erken teşhis komitesinin önerilerini de dikkate alarak bir rapor hazırlayıp yönetim kuruluna sunacaktı. Hazırlanan bu rapordan şirketin borca batık olduğunun anlaşılması halinde yönetim kurulunun mahkemeye bildirimde bulunma yükümlülüğü gündeme gelecekti. Ancak denetçinin görevine ilişkin bu kısım kanun daha yürürlüğe girmeden 6335 sayılı kanunla yapılan değişiklikle kanundan çıkarılmıştır. Öğretide bazı yazarlara göre, kanunun ilk halinde denetçi için öngörülen bu görev şirketi iflas sürecine sokan bilançonun nesnel bir denetimden geçmesi demek olup güvenli bir sistem oluş-

<sup>10</sup> **Türk, Ahmet** (1999) Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, s. 239.

<sup>11</sup> **Altaş, Soner** (2011) Eski ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Mali Durumu Bozulan Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Görevleri ve Sorumlulukları, Mali Çözüm Dergisi, S: 4, s. 174.

<sup>12</sup> **Türk, Ahmet** (2016) Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflasın Erteleenmesi Konusunda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu ile Getirilen Değişiklik ve Yenilikler, BATİDER, C: 32, S: 1, s.13.

<sup>13</sup> **Eriş, Gönen** (2017) Açıklamalı, İçtihatlı, En Son Değişiklikler ile Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler C: II, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 2009.

turmuştu<sup>14</sup>. Bu yazarlara göre, 6335 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra ara bilanço hazırlayıp, bilanço ile ilgili gerekli değerlendirmeyi yapmak ve gereken yerlere başvurmak sorumluluğu yalnızca yönetim kuruluna bırakılmıştır. 6335 sayılı kanunla yapılan bu değişikliğin gerekçesi, kanunla denetçiye verilen bu görevin yeni Türk Ticaret Kanunu sistemiyle getirilen bağımsız denetçinin görevleriyle uyuşmaması olarak açıklanmıştır. Türk'e göre bu gerekçe doğru değildir. Yazara göre, denetçinin görevinin tamamen kaldırılması yerine denetçinin öneri sunma yükümlülüğü kaldırılarak yalnızca bilançonun gerçekliğini inceleme yetkisi verilmesi daha doğru olurdu<sup>15</sup>. Bir görüşe göre, kanunun ilk halinde denetçilerin şirketin mali durumu ve sıradan çekilme sözleşmeleri ile ilgili bilgi sahibi olmalarına hukuken imkân tanınmışken 6335 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra bu imkân ortadan kaldırılmıştır<sup>16</sup>. Tekinalp'e göre kanunun ilk halinde denetçiye verilen görevle yönetim kurulu sorumluluğu tek başına yüklenmemiş, denetçiyle paylaşmış oluyordu. 6335 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra borca batıklık halinde sorumluluğun tamamı yönetim kuruluna yüklenmiştir<sup>17</sup>.

Yönetim kurulunun borca batıklığı bildirim yükümlülüğü onun devredilemez görev ve yetkileri arasındadır (TTK m. 375/1-g). Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri arasında olan bu yükümlülüğüne riayet etmemesi halinde yönetim kurulu üyelerinin Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca hukuki sorumluluğuna gidilebilir<sup>18</sup>. Hukuki sorumluluğun yanı sıra İcra İflas Kanunu 345/a, 310/4 maddeleri ve Türk Ceza Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca cezai sorumlulukları da gündeme gelebilmektedir<sup>19</sup>.

#### 4. Borca Batıklıktan Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu

Yönetim kurulu şirketin en iyi şekilde yönetiminden sorumludur. Bu sorumluluğun bir gereği olarak yönetim kurulu şirket işlerini özen yükümlülüğüne riayet ederek sürdürmelidir. Özen yükümlülüğünün sınırı kanunda tedbirli bir yöneticinin özeni olarak belirtilmiştir. Buna göre anonim şirket yöneticileri şirket işlerini yerine getirirken tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına riayet ederek gözetmekle yükümlüdürler

<sup>14</sup> **Kırca, İsmail / Şehirli Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar** (2013) Anonim Şirketler Hukuku; C: 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, s. 587.

<sup>15</sup> **Türk** (2016), s. 14-15.

<sup>16</sup> **Öztek, Selçuk** (2014) Borca Batık Anonim Şirketlerde İflası Önleyen Yeni Bir Araç Olarak Sırada Sona Yerleştirme (Sıradan Vazgeçme), DEÜHFD, C: 16 Özel Sayı 2014, s. 2328.

<sup>17</sup> **Tekinalp, Ünal** (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 289.

<sup>18</sup> **Karahan, Sami / Arslan, İbrahim** (2013) Şirketler Hukuku, 2. Bası, Mimoza, s. 394.

<sup>19</sup> **Ermeneç, İbrahim** (2009) İflasın Ertelenmesi, 1. Baskı, Ankara, Adalet. s. 29.

(TTK 369)<sup>20</sup>. Özen yükümlülüğünün bir sonucu olarak yönetim kurulu üyeleri şirketin mali durumunu yakından takip etmek, malvarlığının korunması için ve sermaye kaybına karşı gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Şirketin borca batık hale gelmesi şirketin öz kaynaklarının yetersizliği, ekonomik kriz gibi dış etmenler nedeniyle gerçekleşebileceği gibi şirketin kötü yönetimi sırasında yanlış kararlar alınması nedeniyle de gerçekleşebilir. Şirketin yanlış kararlara dayanan yönetimi ve risklerin yeterince güvence altına alınmaması yönetim kurulunun özen borcuna aykırılık teşkil eder<sup>21</sup>. Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler kanundan ve esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal etmeleri halinde şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına verdikleri zararlardan dolayı sorumludurlar (TTK 553/1)<sup>22</sup>. Yönetim kurulunun bu sorumluluğu meydana gelen zararın tazmin şeklinde ortaya çıkar<sup>23</sup>. Yönetim kurulu üyelerinin kusurları sonucu meydana gelen zararlardan sorumluluğunun temelinde malvarlığının korunması ilkesi vardır. Bunun sonucu olarak da açılan dava sonucunda ödenmesine karar verilen tazminat şirkete ödenir. Davanın şirket, pay sahipleri veya alacaklılar tarafından açılması arasında fark yoktur. Borca batıklık nedeniyle uğranılan zarar, pay sahipleri ve alacaklılar yönünden dolaylı zarardır. Bunun sonucu olarak pay sahipleri ve alacaklılar yönetim kurulu aleyhine açtıkları davayı kendi adlarına ancak şirket hesabına açarlar ve zararın şirkete ödenmesini talep edebilirler<sup>24</sup>.

Yönetim kurulu tarafında yönetim yetkisinin devri halinde nasıl hareket edileceği de TTK 553/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yönetim yetkisinin kanuna uygun olarak devri halinde yetki devredilen kişi veya kişilerin seçimi

<sup>20</sup> 6762 sayılı TTK'da anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğüne ilişkin düzenlemede özen yükümlülüğü Borçlar Kanunu'na atf yapılmak suretiyle belirlenmiş idi. Bu konuda 6762 sayılı TTK'nın 320. maddesi BK'nın 528. Maddesine, BK 528. Maddesi BK'nın 390. Maddesine, BK'nın 390. Maddesi de BK'nın 321. Maddesine atf yapmaktaydı. Söz konusu düzenlemeler ve 6762 sayılı TTK dönemindeki özen yükümlülüğü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin** (2005) Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Arıkan, s. 328 vd.; **Çamoğlu, Ersin** (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 67 vd.; **İmregün, Oğuz** (1999) "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu": Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, Beta, s. 262 vd.

<sup>21</sup> **Türk** (1999), s. 243.

<sup>22</sup> Öğretide İmregün, şirket ile yönetim kurulu arasında akdi bir ilişki olduğunu ve sorumluluğun aradaki bu akdi ilişkiye dayandığını savunmuştur. Bkz. **İmregün**, s. 260.; Çamoğlu'na göre, sorumluluğun temelinde akdi sorumluluk olmasına rağmen bazı durumlarda haksız fiilden de sorumluluk doğabilmektedir. Bkz. **Çamoğlu**, s. 112.; Pulaşlı ise sorumluluğun hukuki niteliğini davayı açana göre nitelendirmiştir. Buna göre dava şirket veya pay sahipleri tarafından açılmışsa sorumluluk akde dayanırken dava alacaklılar tarafından açılmış ise sorumluluk haksız fiile dayanır. Bkz. **Pulaşlı** (2013), s. 651.

<sup>23</sup> **Poroy / Tekinalp / Çamoğlu** (2014), s. 388.

<sup>24</sup> **İmregün**, s. 274.; **Çamoğlu**, s. 134.

konusunda makul derecede özen gösterildiği takdirde görev ve yetkinin devredildiği kişilerin eylemlerinden ve kararlarından dolayı sorumlu olmazlar. Görüldüğü üzere, yönetim görev ve yetkisinin devri halinde yönetim kurulunun sorumluluğuna yalnızca yönetim görev ve yetkisi devredilen kişilerin seçiminde makul derecede özen gösterilmemesi halinde gidilebilmektedir.

Yönetim kurulunun meydana gelen zarardan sorumluluğu bakımından farklılaştırılmış teselsül ilkesi geçerlidir. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri meydana gelen zarardan şahsen kendilerine yükletilebildiği ölçüde diğer yönetim kurulu üyeleri ile müteselsilen sorumludurlar (TTK 557).

## B. BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ NOKTASINDA YÖNETİM KURULUNUN GÖREVLERİ

### 1. Genel Olarak

Kanunda, şirketin borca batık olduğu şüphesini uyandıran olguların varlığı halinde yönetim kuruluna bazı görevler yüklenmiştir. TTK 376. Maddesinde borca batıklığa ilişkin işaretlerin neler olduğu açıklanmamıştır. Bununla birlikte kanunun gerekçesinde borca batık durumda olmanın işaretlerinin yıllık bilânçodan, aylık, üç aylık veya altı aylık hesap durumlarından, denetçinin, erken teşhis komitesinin raporlarından ve/veya yönetim kurulunun belirlemelerinden ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. Benzer şekilde, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'de<sup>25</sup> de borca batıklığa ilişkin işaretlerin yıllık ve ara dönem finansal tablolardan, denetime tabi şirketlerde denetim raporlarından, erken teşhis komitesinin raporlarından ve yönetim kurulunun belirlemelerinden tespit edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, şirketin mali durumunu yakından takip etmekle yükümlü olan yönetim kurulu, borca batıklığa ilişkin olguları kendi faaliyetleri sırasında belirleyebileceği gibi yıllık bilançodan da borca batıklığa ilişkin olguların varlığı anlaşılabilir. Benzer şekilde; denetçinin ve erken teşhis komitesinin<sup>26</sup> raporlarından, aylık, üç aylık ve

<sup>25</sup> Resmî Gazete, T: 15/09/2018, S: 30536.

<sup>26</sup> Erken Teşhis Komitesi TTK'nın 378. maddesinde "Riskin Erken Saptanması ve Yönetimi" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, yönetim kurulu, pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla uzman bir komite kurmakla yükümlüdür. Pay senetleri borsada işlem görmeyen şirketlerde ise erken teşhis komitesi, denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi üzerine derhal kurulur. TTK 378/2 maddesi gereğince erken teşhis komitesinin şirketin durumu ile ilgili değerlendirmeleri, olası tehlikeleri ve çözüm önerilerini rapor olarak 2 ayda bir yönetim kuruluna sunması gerekmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz: **Tekinalp** (2015), s. 240.; **Üçışık / Çelik**, s. 416.

altı aylık hesaplardan da borca batıklığa ilişkin olgular tespit edilebilir<sup>27</sup>. Borca batıklığa ilişkin olguların varlığının tespiti ise tek başına kanuni anlamda borca batıklık sonucunu doğurmaz. Kanuna göre; yönetim kurulu, borca batıklığa ilişkin işaretlerin varlığı durumunda bir ara bilanço düzenlemek zorundadır. Borca batıklığa ilişkin bu bilanço düzenlenmeden şirketin borca batık olduğundan söz edilemez. Türk Ticaret Kanunu, iki esasa göre bilanço düzenlenmesini öngörmüştür. Bunlar; işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilanço ve aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre hazırlanan bilançodur. Türk Ticaret Kanunu'na göre; borca batıklığa ilişkin işaretlerin varlığı halinde yönetim kurulunun bu iki esasa göre bilanço düzenlemesi zorunludur. Borca batıklık durumunun tespiti bakımından kanunda öngörülen bu iki esas birbirinin alternatifi de değildir. Yani, yönetim kurulu bu esaslardan birine göre bilanço düzenleyip diğerine göre düzenlemekten kaçınmaz. Çünkü kanunun lafzına göre iki esasa göre de bilanço düzenlenmesi yönetim kurulu için bir zorunluluktur. Öğretide ise, yönetim kurulunun iki esasa göre de bilanço düzenlemesinin hükmün korumak istediği menfaat ve mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 725/2 göz önüne alındığında zorunlu olmadığı savunulmaktadır<sup>28</sup>. Bu görüşe göre; yönetim kurulu öncelikle işletmenin devamlılığı esasına göre bir bilanço hazırlamalı, bu bilançoda şirket borca batık görünüyorsa ikinci esas olan aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre bilanço düzenlemelidir. Ancak kanunda ve madde gerekçesinde de iki esasa göre bilanço düzenlenmesinin zorunlu olduğu açıkça ifade edilmiştir. Yine 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde de yönetim kurulunun hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre bilanço hazırlayacağı belirtilmiştir.

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin doğrudan doğruya iflası esas itibarıyla İcra İflas Kanunu'nun 179. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede 15/07/2016 tarihinde 6728 sayılı kanunla bazı değişiklikler yapılmıştır. Yapılan bu değişikliklerden biri de borca batıklık bilançosuna ilişkindir. Kanunun değişiklik yapılmadan önceki halinde borca batıklığın ne şekilde tespit edileceğinden ve de borca batıklık bilançosundan söz edilmemekteydi. 15/07/2016 tarihinde yapılan değişiklik ile sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğunun kanunda sayılan kişiler

<sup>27</sup> Altaş (2016), s. 355.

<sup>28</sup> Aydın, Alihan (2012) Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış, İÜHFİM, C: LXX, S: 2, s. 111.

tarafından beyan ve mahkemece tespit edilmesi halinde iflase karar verileceğinden söz edilmiştir.

İcra İflas Kanunu'ndaki bu değişikliği nasıl yorumlamak gerekir? İcra İflas Kanunu'nda yapılan bu değişiklikle Türk Ticaret Kanunu 376/3 maddesi ile anonim şirket yönetim kuruluna getirilen iki esasa göre bilanço düzenleme yükümlülüğünün ortadan kaldırıldığı söylenemez. Yapılan bu düzenleme ile uygulamada yaşanan tereddütlerin önüne geçmek adına borca batıklığın tespiti noktasında, Türk Ticaret Kanunu madde 376/3 gereğince düzenlenen ara bilançolardan aktiflerin muhtemel satış fiyatları esasına göre düzenlenen bilançoya üstünlük tanınmıştır. Yani borca batıklığa ilişkin işaretlemlerin varlığı halinde yönetim kurulu kanunda öngörüldüğü şekilde hem aktiflerin muhtemel satış fiyatları esasına göre hem de işletmenin devamlılığı esasına göre bilanço düzenlemekle yükümlüdür. Bu bilançolardan aktiflerin muhtemel satış fiyatları esasına göre düzenlenen şirketin borca batıklığı sonucunu gösteriyorsa mahkemeye başvuru zorunluluğu gündeme gelecektir. Bu durumda akla "İşletmenin devamlılığı esasına göre bilanço hazırlamanın ne faydası var?", "Yönetim kurulunu, borca batıklığın tespiti noktasında dikkate alınmayacak olan bir bilanço hazırlamakla yükümlü tutmak gereksiz değil mi?" soruları gelebilir. Her ne kadar İcra İflas Kanunu'nda yapılan değişiklikle borca batıklığın tespiti noktasında aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre hazırlanan bilançoya üstünlük tanınmış ise de işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilançonun gereksiz bir külfet olduğu da söylenemez. Şöyle ki; işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilançoda faaliyetlerine devam eden şirket bir bütün olarak ele alınacağından faaliyetlerine devam eden bir şirketin gelecekteki durumu da dikkate alınır. Dolayısıyla, bu esasa göre hazırlanan bilanço şirketin faaliyetlerine devam edip edemeyeceğini, iyileşme imkânı bulunup bulunmadığını gösterir. Bu kapsamda, işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilanço, borca batık haldeki şirket ile alacaklılar arasında yapılan sıradan çekilme sözleşmesinin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği hususunda da yol gösterici olur.

## 2. İşletmenin Devamlılığı Esasına Göre Düzenlenen Bilanço

İşletmenin devamlılığı, Türk Ticaret Kanunu'na göre ticari işletmelerin unsurlarından birisidir. Bu ilkeye göre işletmeler, sahiplerinin veya hissedarlarının hayatlarına bağlı olmaksızın devamlıdırlar. Devamlılık unsurunun gereği olarak işletmeler bir defaya mahsus olarak, geçici bir amaç için değil, belirli bir amaç uğruna, sürekli olarak faaliyette bulunurlar. Şirketler de kural olarak faaliyetlerini süreye bağlı olmadan gerçekleştirirler. İşletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilançoda da faaliyetlerine devam eden şirket bir bütün olarak esas alınır. İşletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilan-

çoda şirketin sadece bilançonun düzenlendiği tarihteki durumu dikkate alınmaz. Aynı zamanda faaliyetlerine devam eden bu şirketin gelecekteki durumu da dikkate alınır. İşletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilanço, aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen bilançoda olduğu gibi varsayımlar üzerine hazırlanmaktadır<sup>29</sup>. İşletmenin devamlılığı esasında bilanço, şirketin sınırsız bir ömre sahip olduğu ve öngörülebilir gelecekte faaliyetlerini devam ettireceği varsayımına dayanmaktadır. Süreli olarak kurulan şirketler bakımından ise şirketin öngörülen süreye kadar faaliyetlerini devam ettireceği varsayılmaktadır. Bu varsayımın bir sonucu olarak şirketin hem bilançonun hazırlandığı tarihteki durumu dikkate alınmakta hem de şirketin gelecekte işletme konusunu elde edebilmek için yürüttüğü faaliyetlerin sonucu dikkate alınmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 376/3. maddesinin gerekçesine göre; işletmenin devamlılığı esasına göre yapılan değerlendirme, borca batık olma durumuna rağmen bazı olgular, beklentiler, etkisini yitiren sebepler dolayısıyla şirketin yaşama umudunun var olup olmadığını ortaya koyar. Örnek vermek gerekirse; bilanço tarihi itibarıyla borca batık olan bir şirket, kuruluşunun ilk yıllarında yaptığı yatırımlar dolayısıyla gelecek yıllarda kâr edilebileceği olasılığının yüksek olması dolayısıyla uzman bir işletmeciyeye göre borca batıklıktan kurtulacak olabilir. Benzer şekilde, payları borsada işlem gören bir şirket bilançonun düzenlendiği tarihte değer kaybediyor iken, şirketin yapmış olduğu bazı yatırımlar veya açıklamalar nedeniyle öngörülebilir gelecekte değer kazanacağı ve şirketin borca batıklığının sona ereceği bilimsel verilerle hesaplanabilir<sup>30</sup>. Görüldüğü üzere, bu esasa göre yapılan bir değerlendirme şirket tarafından yapılan yatırımların sonuçlarını da hesaba katmaktadır. Tüm bu açıklamalardan hareketle, bu bilançonun tasfiye bilançosu değil bir devamlılık bilançosu olduğu kabul edilmektedir<sup>31</sup>.

### 3. Aktiflerin Muhtemel Satış Değerleri Esasına göre Düzenlenen Bilanço

Aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre hazırlanan bilanço, şirketin aktiflerinin bilanço günü itibarıyla satılması durumundaki değerlerine göre hazırlanır. Bu esasa göre düzenlenen bilançoda, şirket aktiflerinin en gerçekçi değeri ile yer alması amaçlanır. Bu bilançonun hazırlanmasında esas olan şirket aktiflerinin bilanço tarihindeki satış değerleri, yani cari değerleridir. Aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre hazırlanan bilanço yıllık

<sup>29</sup> Tekinalp (2015), s. 288.

<sup>30</sup> Tekinalp (2015), s. 288-289.

<sup>31</sup> Bozgeyik, Hayri / Aslanoğlu, Suphi / Özalp, Ayşe Duygu (2016) İflas Erteleme Kapsamında Hazırlanan Borca Batıklık Bilançosunda Yer Alan Alacakların Mali ve Hukuki Durumu, TFM, S: 2, s. 19.



bilançodan farklıdır. Yıllık bilanço şirketin mali durumunda bozulma bulunup bulunmadığına ilişkin gerçekçi bir sonuç göstermeyebilir. Bir diğer deyişle, yıllık bilançodan şirketin borca batıklığının tespit edilmesi mümkün değildir<sup>32</sup>. Nitekim yıllık bilançoda aktiflerin iktisap değerleri esas alınmaktadır. Bununla birlikte aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen bilançoda aktiflerin rayiç değerleri esas alınır. Aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen bilançoda aktif ve pasiflerin bilançonun düzenlendiği tarihteki piyasa değerleri esas alınır. Bir başka deyişle, bilançonun hazırlandığı tarihte<sup>33</sup> paraya çevrilmeleri ihtimalinde elde edilecek değerleri esas alınır. Ayrıca yıllık bilançonun amacı şirketin başarı durumunu ortaya koymakken, borca batıklığın tespiti için hazırlanan bilançonun amacı şirketin aktiflerinin satış değerini gerçekçi bir şekilde belirleyip bu değer şirketin borçlarını karşılamaya yetip yetmediğini belirlemektir<sup>34</sup>. Bu özelliği dolayısıyla alacak senetlerinin, alacak tutarının, verilen sipariş avansının ve bağlı ortaklıktan veya iştiraktan alacak bu esasa göre satılabilir değerler değildir<sup>35</sup>. Bu nedenle bu değerler bilançoda yer almaz. Bununla birlikte şirketin çıkarmış olduğu hisse senetleri menkul mal olması sebebiyle bilançoda yer alırlar. Hisse senetleri de bilançonun düzenlendiği tarih itibarıyla satılacak olsaydı hangi değerden satılacak idiyse o değer üzerinden bilançoya geçirilirler. Bu sebeple hisse senetleri halka açık şirketlerde borsa rayici üzerinden, halka kapalı şirketlerde işletme/finans uzmanı tarafından emsal değer yöntemi ile tespit edilen rayiç değerine göre bilançoda yer alır<sup>36</sup>.

#### 4. Yönetim Kurulu Tarafından Hazırlanan Bilançoların Sonuçları

Türk Ticaret Kanunu'nda şirketin borca batık olduğuna ilişkin olguların varlığı halinde yönetim kuruluna iki esasa göre bilanço hazırlama yükümlülüğü getirilmiştir. Yönetim kurulunun kanunun bu emredici hükmü karşısında söz konusu bilançoları hazırlaması zorunludur. Düzenlenen bilançodan şirketin aktiflerinin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin, yani borca batık olduğunun anlaşılması halinde birazdan ayrıntılı olarak anlatacağımız üzere, yönetim kurulu durumu şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mah-

<sup>32</sup> **Bitisli, Ferhat / Yılmaz, Tayfun** (2016) İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Bilançosunun Oluşturulması: Bir Uygulama, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C: 8, S: 15, s. 222.

<sup>33</sup> **Sumer, Haluk** (2013) Ticari Bilanço ve Borca Batıklık Bilançosu, İstanbul Barosu Dergisi, C: 87, S: 2, s. 42.

<sup>34</sup> **Türk** (2004), s. 305.

<sup>35</sup> **Bozgeyik / Aslanoğlu / Özalp**, s. 20.

<sup>36</sup> **Bozgeyik / Aslanoğlu / Özalp**, s. 20.

kemesine bildirerek şirketin iflasını istemekle yükümlüdür. Yönetim kurulunun bu yükümlülüğünü yerine getirebilmesine ilişkin olarak, borca batıklığa ilişkin emarelerin varlığı halinde iki esasa göre hazırlanan bilançoların da aynı sonucu göstermesi halinde bir sorun yoktur. Bu durumda şirket borca batık durumdadır ve yönetim kurulunun mahkemeye bildirimde bulunup şirketin iflasını istemesi zorunludur. Sorun, her iki esasa göre düzenlenen bilançoların farklı sonuçlar göstermesi halinde ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; şirket işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilançoya göre borca batık haldeyken, aktiflerinin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen bilançoya göre borca batık olmayabilir. Bunun tam tersi bir sonuç da çıkabilir. Yani, şirket işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilançoya göre borca batık halde değilken, aktiflerinin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen bilançoya göre borca batık olabilir. Bu durumda şirketin borca batıklığından söz edilecek midir? İki bilançonun farklı sonuçlar göstermesi halinde de yönetim kurulunun mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunup şirketin iflasını istemesi gerekecek midir? Türk Ticaret Kanunu'nda bununla ilgili bir açıklık yoktur. TTK 376. maddenin gerekçesinde aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre düzenlenen bilançonun şirketin iflası için mahkemeye başvurmasına gerek olup olmadığını ortaya koyduğu belirtilmiştir.

Öğretide bu konuyla ilgili çeşitli görüşler vardır. Aydın, konuyu iki esasa göre de bilanço düzenlemenin zorunlu olup olmadığı yönünden ele almıştır<sup>37</sup>. Yazara göre, kanunun lafzında her ne kadar yönetim kurulunca iki esasa göre de bilanço düzenlenmesi yükümlülüğü getirilmiş ise de hükmün korumak istediği menfaat ve mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri göz önünde tutulduğunda yönetim kuruluna her iki esasa göre de bilanço düzenleme yükümlülüğü getirilmemelidir<sup>38</sup>. Yazara göre, yönetim kurulu öncelikle işletmenin devamlılığı esasına göre bilanço hazırlamalıdır, bu bilanço borca batıklık sonucunu gösterirse ancak o durumda ikinci esas olan aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre bilanço hazırlamak zorunludur. Dolayısıyla, ilk bilançodan borca batıklık sonucu çıkmazsa ikinci bilançonun hazırlanmasına gerek yoktur. İlk bilançodan borca batıklık sonucu çıktıktan sonra ikinci bilançonun hazırlanması gerekir. Aydın'ın savunduğu bu görüşe göre, ilk bilançodan borca batıklık sonucu çıktıktan sonra hazırlanan ikinci bilançodan da borca batıklık sonucu çıkarsa ancak o durumda şirketin borca batık olduğundan ve yönetim kurulunun kanunda düzenlenen

<sup>37</sup> Aydın, s. 110-111.

<sup>38</sup> Aydın, s. 110.

bildirim yükümlülüğünün ortaya çıktığından söz edilebilir<sup>39</sup>. İlk bilançodan borca batıklık sonucu çıkmazsa zaten ikinci bilanço hazırlamaya gerek yoktur. İlk bilançodan borca batıklık çıktıktan sonra hazırlanan ikinci bilançodan şirketin borca batık olmadığı sonucu çıkarsa da şirketin borca batık olduğundan söz edilemeyeceği gibi yönetim kurulunun bildirim yükümlülüğünden de söz edilemez<sup>40</sup>.

Diğer bir görüşe göre, işletmenin devamlılığı ve aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre hazırlanan bilançolardan birinin borca batıklık göstermesi durumunda yönetim kurulunun mahkemeye bildirimde bulunup iflas talebinde bulunmasına gerek yoktur. Yani şirketin borca batık olduğundan söz edilemek için her iki esasa göre hazırlanan bilançoların da borca batıklık sonucunu göstermesi gerekir<sup>41</sup>.

Üçüncü görüşe göre de kanuna göre borca batıklığa ilişkin olguların varlığı halinde yönetim kurulunun her iki esasa göre bilanço düzenlemesi zorunlu olmakla birlikte, bilançoların farklı sonuçlar göstermesi halinde aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen bilanço üstünlük tanımak gerekir<sup>42</sup>. Çünkü şirketin gerçek durumunu en iyi şekilde aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre hazırlanan bilanço gösterir. Bu kapsamda işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilanço borca batıklık sonucunu gösterse bile aktiflerin satış değerleri esasına göre hazırlanan bilanço borca batıklık sonucunu göstermiyorsa şirketin borca batık olduğundan söz edilemeyeceğinden, yönetim kurulunun mahkemeye bildirimde bulunup iflas talep etmesi gerekmez<sup>43</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirket yönetim kuruluna borca batıklığın tespitine yönelik, her iki esasa göre de bilanço düzenleme yükümlülüğü getirilmesi ancak düzenlenen bu bilançolardan hangisine üstünlük tanınacağına ilişkin herhangi bir açıklama yapılmaması borca batıklığın tespiti hususunda öğretilerde ve uygulamada bazı tereddütlere yol açmış ve öğretilerde yukarıda açıkladığımız görüşler geliştirilmiştir. Bu tereddütler ve uygulamada yaşanan zorluklar sebebiyle olsa gerek İcra İflas Kanununun 179. maddesinde 2016 yılında değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile sermaye şirketleri ve kooperatiflerin aktiflerin muhtemel satış

<sup>39</sup> Aydın, s. 111.

<sup>40</sup> Aydın, s. 110.

<sup>41</sup> Kurca / Şehirali Çelik / Manavgat, s.587; Işık, Serpil (2016) Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Borca Batık Olmaları Sebebiyle Doğrudan İflaslarının Söz Konusu Olması Durumunda İflasın Ertelenmesi Kurumuna Başvuru Şartlarının Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İÜHFMD, C: LXXIV, Özel Sayı 2, s: 1291-1346. S, 1314-1315.; Tekinalp (2015), s. 288-289.; Türk (2016) s. 22.

<sup>42</sup> B. Güneysu, Nilüfer/ Çapa, M. Sadık. (2014) Borca Batıklık ve İflasın Önlenmesi Yolu Olarak "Sıradan Çekilme Anlaşması", İÜHFMD, C: 5, S: 1, s. 77-118, s. 90.

<sup>43</sup> B. Güneysu/ Çapa, s.90.

değerleri üzerinden düzenlenen bilançoya göre borca batık olmasından söz edilmiş ve bu durumun mahkemece tespit edilmesi halinde şirketin iflasına karar verileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, bu değişiklik İcra İflas Kanunu şirketin iflasına karar verilebilmesi için aktiflerin muhtemel satış değerleri üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olmayı esas almıştır. İcra İflas Kanunundaki bu değişiklikten sonra Türk Ticaret Kanunu'nda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Yani İcra İflas Kanunu hükümlerine göre şirketin doğrudan doğruya iflasına karar verilebilmesi için yalnızca aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre bilanço düzenlenmesi zorunlu ve yeterliyken, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre her iki esasa göre de bilanço düzenlenmesi zorunludur.

Kanunlarımızda yer alan bu düzenlemeler arasındaki farklılık uygulama ile şekillenecektir. Ancak akla ilk gelen sonraki tarihli olan İcra İflas Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğidir. Eğer, sonraki tarihli olan İcra İflas Kanunu düzenlemelerine üstünlük tanırsak yönetim kurulunun sadece aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre bilanço düzenlemesi gerektiği söylenebilir. Kanaatimizce bu doğru bir yorum olmayacaktır. Şöyle ki, Türk Ticaret Kanunu 376/3. fıkrası yönetim kurulu bakımından iki esasa göre bilanço düzenleme zorunluluğu getiren emredici bir düzenlemedir ve hala yürürlüktedir. Kaldı ki, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ 15/09/2018 tarihli Resmî Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu tebliğin 12/4. fıkrasında, yönetim organının hem işletmenin devamlılığı esasına hem de aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre çıkarılan ara bilanço üzerinden aktiflerin şirket alacaklarını karşılamaya yetmediğine karar vermesi ve diğer tedbirleri almaması halinde şirketin iflası için mahkemeye başvuracağının düzenlendiği anlaşılmıştır. Tebliğde yapılan bu düzenleme karşısında yönetim kurulunun borca batıklığı tespit noktasında her iki esasa göre de bilanço düzenlemesi zorunludur. Öyle ki; tebliğde yer alan düzenlemenin lafzına bakıldığında yönetim kurulunun borca batıklık durumunu mahkemeye bildirerek şirketin iflasını talep edebilmesi için her iki esasa göre düzenlenen bilançonun da borca batıklık sonucunu göstermesi gerektiği anlamı çıkmaktadır.

Kanaatimizce, anonim şirketlerde yönetim kurulu her iki esasa göre bilanço düzenlemekle yükümlüdür. Ancak borca batıklığın tespitinde düzenlenen bu bilançolardan aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre hazırlanan bilançoya üstünlük tanınmalıdır. Nitekim aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre hazırlanan bilanço ile şirketin malvarlığının bilanço tarihindeki satış değerlerinin gerçekçi olarak tespit edilerek malvarlıklarının borçları ödemeye yetip yetmediğinin tespit edilmesi amaçlanmaktadır. İşletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilançoda ise faaliyetlerine devam eden şirketin öngörülebilir gelecekteki

durumu da dikkate alınmaktadır. Bu sebeple işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilançonun şirketin içinde bulunduğu mali duruma ilişkin aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen bilanço kadar gerçekçi sonuçlar vermesi beklenemez. Bu sebeptendir ki borca batıklığın tespiti hususunda her iki esasa göre düzenlenen bilançoların farklı sonuçlar göstermesi halinde aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen bilançoya üstünlük tanınmalıdır. Aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen bilanço borca batıklık sonucunu gösterdiği takdirde mahkemeye iflas bildiriminde bulunmak için işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilançonun da borca batıklık sonucunu göstermesini beklemeye gerek yoktur. Sermaye ile sınırlı sorumluluğun söz konusu olduğu şirketlerde alacaklıların alacaklarının çok fazla tehlikeye girmemesi için de bu daha uygundur. Bu yorumumuz borca batıklığın tespitinde işletmenin devamlılığı esasına göre bilanço düzenlemenin etkisinin ortadan kaldırdığı ve borca batıklığın tespitinde etkisi olmayacak işletmenin devamlılığı esasına göre bilanço düzenleme yükümlülüğü haline getirilmesinin yönetim kurulu için gereksiz bir külfet oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilebilir. Kanaatimizce, işletmenin devamlılığı esasına göre bilanço düzenlemenin gereksiz olduğundan söz edilemez. Şöyle ki; borca batıklığın tespiti noktasında herhangi bir önemi bulunmasa da işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilanço şirketin iyileşme ümidi olup olmadığını gösterir. Bu özelliği dolayısıyla işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilanço, şirket alacaklılarını şirketin iyileşme ümidi olduğu yönünde ikna edici bir faktör olarak kullanılabilir. İşletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilançodan şirketin borca batık olmadığı sonucunun çıkması alacaklıları şirketle sıradan çekilme sözleşmesi imzalamaya yönlendirebilir. Ayrıca işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilanço Türk Ticaret Kanunu 376/3 fıkrası kapsamında sıradan çekilme sözleşmelerine ilişkin olarak bilirkişilerce yapılacak incelemede sözleşmenin gerçekliği ve yerindeliği hususunda yol gösterici olabilir.

## **II. BORCA BATIKLIĞIN SONUÇLARINI ÖNLEYEN İSTİSNAİ BİR DÜZENLEME OLARAK SIRADAN ÇEKİLME SÖZLEŞMELERİ**

### **A. SIRADAN ÇEKİLME SÖZLEŞMELERİ**

#### **1. Genel Olarak**

Sıradan çekilme sözleşmeleri hukukumuzda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile girmiş bir düzenlemedir. Yukarıda açıkladığımız üzere, şirketin borca batık olması doğrudan doğruya iflası gerektiren bir durumdur. Normal şart-

larda şirketin borca batık olduğuna ilişkin olguların varlığı durumunda hazırlanan bilançolardan şirketin borca batık olduğunun anlaşılması halinde, yönetim kurulunun şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine bu durumu bildirerek şirketin iflasını istemesi gerekmektedir. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun 376/3. fıkrasında istisnai bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmişler ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmışsa şirketin iflasına karar verilmeyecektir. Kanunumuzda, sıradan çekilme sözleşmelerinin şirketin borca batıklığı nedeniyle iflasını önleyebilmesi için mahkemece atanan bilirkişilerce denetlenmesi öngörülmüştür. Öğretide bazı yazarlara göre, sıradan çekilme sözleşmeleri gerçek dışı alacak yaratılmasına elverişli olmadığından böyle bir bilirkişi incelemesine gerek yoktur<sup>44</sup>. Çünkü şirketin aktifleri borçlarını karşılayamaz haldeyken sanal alacaklar yaratılıp bu alacaklarla ilgili olarak sıradan çekilme sözleşmesi yapılması borca batıklığı ortadan kaldırmaz<sup>45</sup>. Kaldı ki mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılacak başvuru şirketin mali durumunun alenileşmesi sonucunu doğurur ve bu da şirket hakkında olumsuz algılara neden olur<sup>46</sup>.

Kanunumuzda yer verilen sıradan çekilme sözleşmeleri, borca batık olan anonim şirketlerde borca batıklığın sonuçlarını önleyen istisnai bir imkandır. Öğretide bir görüşe göre, borca batık haldeki anonim şirketler bakımından sıradan çekilme sözleşmesi yapılması iflas erteleme yoluna göre daha avantajlıdır<sup>47</sup>. Şöyle ki; iflas erteleme yoluna başvurulduğunda şirketin içinde bulunduğu mali güçlük üçüncü kişilere karşı alenileşirken sıradan çekilme sözleşmesi yapılması halinde şirketin içinde bulunduğu mali güçlük üçüncü kişilere duyurulmadan şirket faaliyetlerine devam edebilmektedir<sup>48</sup>. Aydın'a göre ise gerek bilirkişi incelemesi gerekse de iflas talebiyle mahkemeye yapılan başvuru ile şirketin mali durumu tamamıyla alenileşmektedir<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Türk (2016) s. 28.

<sup>45</sup> Kırca / Şehirli Çelik / Manavgat, s. 588.

<sup>46</sup> Türk (2016) s. 28.

<sup>47</sup> Öztekin, Selçuk (2014) Borca Batık Anonim Şirketlerde İflası Önleyen Yeni Bir Araç Olarak Sıradan Sona Yerleştirme (Sıradan Vazgeçme), DEÜHFD, C:16, Özel Sayı 2014, s.2319-2343, s. 2324-2325

<sup>48</sup> İflasın ertelenmesine ilişkin kanuni düzenlemeler İcra İflas Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda 28/02/2018 tarihinde 7101 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>49</sup> Aydın, s. 113.

Moroğlu'na göre, Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilen sıradan çekilme sözleşmelerine ilişkin hüküm, sıradan çekilme sözleşmesine taraf olan alacaklıların borca batık haldeki şirket ile diğer alacaklılar aleyhine pazarlığa oturmalarına yol açacak tehlikeli bir düzenlemedir<sup>50</sup>.

Sıradan çekilme sözleşmeleri öğretide çeşitli şekillerde adlandırılmış ve tanımlanmaya çalışılmıştır. Atalay, bu sözleşmeyi sıradan vazgeçme sözleşmesi olarak adlandırmış ve “*alacaklının iflas masasından tatmini konusundaki talep hakkını diğer alacaklılar lehine, bu alacaklılar tatmin edildikten sonra kullanmak üzere paraların paylaşılmasındaki sırasından vazgeçtiği sözleşme*” olarak tanımlamıştır<sup>51</sup>. Türk ve Aydın, bu sözleşmeyi “*iflastaki sıradan çekilme sözleşmesi*” olarak adlandırmışlardır<sup>52</sup>. Kayar'a göre, kanunda öngörülen bu istisna “*sırada sona geçme veya sıradan vazgeçme beyanı veya anlaşması*” olarak adlandırılabilir<sup>53</sup>. B. Güneysu/Çapa, kanundaki bu istisnai düzenlemeyi sıradan çekilme anlaşması olarak adlandırırken<sup>54</sup>, Akkaşoğlu “*garameye iştiraktan feragat sözleşmesi*”<sup>55</sup> Öztekin ise “*sırada sona yerleştirme/sıradan vazgeçme sözleşmesi*”<sup>56</sup> olarak adlandırmıştır. Öğretideki bu adlandırmalar ve tanımlamalar bizi yaklaşık olarak aynı sonuca götürmektedir. Kanaatimizce kanunda yer verilen bu istisna, borca batık haldeki şirketle sözleşme yaparak bu sözleşmeye taraf olan alacaklı veya alacaklılar bakımından, alacaklarını şirketin borca batıklığı devam ettiği sürece talep etmemeyi, şirketin iflası halinde de alacağını şirketin tüm diğer alacaklılarından sonra almayı yükümlendikleri bir sözleşmedir. Bu çalışmada, kanunda yer verilen bu istisna “sıradan çekilme sözleşmesi” olarak adlandırılacak ve açıklamalarımız bu adlandırma üzerinden yapılacaktır.

## 2. Sözleşmenin Tarafları, Şekli, Süresi, Zamanı, İçeriği ve Amacı

Sıradan çekilme sözleşmesinin tarafları; borca batık olan şirket ve şirketin borca batıklığını ortadan kaldıracak miktarda alacağa sahip şirket alacaklılarıdır. Bu sözleşmenin alacaklılardan biriyle yapılması mümkün olduğu gibi

<sup>50</sup> **Moroğlu, Erdoğan** (2009) Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları; Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 174.

<sup>51</sup> **Atalay** (1996), s. 75

<sup>52</sup> **Türk** (1999), s. 293; **Aydın**, s. 111.

<sup>53</sup> **Kayar** (2012), s. 653.; Benzer Şekilde, **Kendigelen, Abuzer** (2011) Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, s. 230.

<sup>54</sup> **B. Güneysu/Çapa**, s. 92.

<sup>55</sup> **Akkaşoğlu, Nevfel** (2015) Garameye İştiraktan Feragat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İÜHFD, C: 6, S: 1, s. 282.

<sup>56</sup> **Öztek** (2014), s. 2322.

birden fazla alacaklıyla yapılması da mümkündür. Önemli olan sözleşmeyi imzalayan alacaklı veya alacaklıların sahip oldukları alacak miktarının şirketi borca batıklıktan kurtaracak miktarda olmasıdır.

Kanunda, sıradan çekilme sözleşmeleri için yazılı şekil öngörülmüştür. Sıradan çekilme sözleşmeleri için kanunda öngörülen bu şekil geçerlilik şartıdır<sup>57</sup>. Dolayısıyla, yazılı şekil şartına uyulmaksızın yapılan sözleşmeler geçerli değildir.

Kanundaki düzenlemede sıradan çekilme sözleşmelerine zaman itibarıyla bir sınırlama getirilmemiştir. Kural olarak, sıradan çekilme sözleşmesi akdedildikten sonra şirketin borca batıklığı devam ettiği sürece sözleşme ilişkisi de devam eder. Yani şirket ile alacaklılar arasında yapılan sıradan çekilme sözleşmeleri zaman itibarıyla sınırlanamazlar (dar anlamda sıradan çekilme).

Öztek, İsviçre öğretisindeki görüşlerden hareketle sıradan çekilmeyi, zaman bakımından sınırlanmaya ilişkin olarak dar ve geniş anlamda sıradan çekilme sözleşmesi olarak ikiye ayırmaktadır<sup>58</sup>. İsviçre öğretisindeki bazı yazarlara<sup>59</sup> göre hem dar anlamda hem de geniş anlamda sıradan çekilme sözleşmesinin zaman bakımından sınırlanması imkansızdır. Bazı yazarlara göre ise, dar anlamda sıradan çekilme sözleşmesine zaman sınırlaması konulamazken geniş anlamda sıradan çekilme sözleşmeleri bakımından şirketin borca batıklığının ortadan kalkmasına imkân verecek kadar azami bir süre kararlaştırılabilir. Bu yazarlara göre, geniş anlamda sıradan çekilmeye azami bir zaman sınırlaması getirmek hem sözleşmeyi yapan alacaklıyı alacağına kavuşmadaki belirsizlikten kurtarır hem de şirketi borca batıklığı makul sürede sona erdirmeye mecbur bırakır. Bu durumda, süre sona erdiğinde borca batıklık sona ermemişse şirket ya alacaklılarla yeniden sıradan çekilme sözleşmesi yapacak ya da alacaklıları yeniden sözleşme yapmaya ikna edememişse şirketin iflasını isteyecektir. Süre sona erdiğinde alacaklılar yeniden sözleşme yapmaya ikna edilemediğinden şirketin iflası istenmişse sıradan çekilme sözleşmesini yapan alacaklılar iflas tasfiyesinde sırada sona gidecektir.

<sup>57</sup> 6098 sayılı TBK'nın 12/2. maddesi gereğince kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.

<sup>58</sup> **Öztek** (2014), s. 2333-2334.

<sup>59</sup> **Bastons Bulletti, Françoise** (2002) La posposition de créance selon l'art.725 al.2 CO, Revue fribourgeoise de jurisprudence, Numéro spécial, Fribourgs. s. 112-113'ten naklen **Öztek** (2014) s. 2334.; **Chenaux, Jean Luc / Pfister, Loic** (2010) Aspects juridiques de l'assainissement (cadre, outils etresponsabilité), Aspects pratiques du droit de l'entreprise, CEDIDAC Volume 86, Lausanne, s. 164'den naklen **Öztek** (2014) s. 2334.; **Chaudet/Cherpillod/Landrove** (2010) Droit suisse des affaires, 3.édition, s. 140 no. 675'den naklen **Öztek** (2014) s. 2334



Görüldüğü gibi, dar anlamda sıradan çekilme sözleşmelerinin hiçbir durumda süre bakımından sınırlanması mümkün değildir. Yalnızca geniş anlamda sıradan çekilmeye, sıradan çekilmenin iflası erteleme etkisi sınırlanabilmektedir. Sıradan çekilme sözleşmesi zaman bakımından sınırlanamadığı gibi bir kere yapıldıktan sonra geri alınması ya da tarafların karşılıklı iradeleri ile sona erdirilmeleri de mümkün değildir. Özetle, sözleşmeyi geri alma ya da anlaşarak sona erdirmeye iradesinin diğer alacaklılara karşı hüküm ifade etmeyeceğini belirtmiştir<sup>60</sup>.

Sıradan çekilme sözleşmeleri, şirketin borca batık olduğu öğrenildikten sonra, şirket hakkında borca batıklık nedeniyle iflas kararı verilinceye kadar her zaman yapılabilir. Bu kapsamda sözleşmenin mahkemeye iflas bildiriminde bulunulmadan önce yapılması mümkün olduğu gibi, mahkemeye iflas başvurusu yapıldıktan sonra fakat iflas kararı verilmesinden önce yapılması da mümkündür<sup>61</sup>. Sözleşmenin mahkemeye iflas bildiriminde bulunulmasından önce yapılması yönetim kurulunu mahkemeye başvurma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu ihtimalde yönetim kurulu sözleşmeleri mahkemeye sunarak gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliliği hususunda inceleme yaptırmalıdır. Kısacası, sıradan çekilme sözleşmesi yapılması, mahkemeye bildirimde bulunmaya değil borca batık şirketin iflasına engel olan bir istisnadır<sup>62</sup>. Türk ise, hakları borç açığını karşılamaya yetecek miktarda olan bazı alacaklıların olası iflas durumunda diğer alacaklıların arkasında yer almayı kabul etmeleri halinde mahkemeye bildirimde bulunmaya gerek olmadığını düşünmektedir<sup>63</sup>.

Borca batık haldeki şirket ile sıradan çekilme sözleşmesi yapan alacaklı şirkete karşı olan alacağından vazgeçmiş olmaz. Sadece şirketin borca batıklığı devam ettiği sürece bu alacağını talep etmemeyi taahhüt eder. Şirketin borca batıklıktan kurtulamayarak iflas etmesi halinde ise diğer alacaklılar tamamen tatmin edilinceye kadar paylaştırmaya katılamaz. Bu kapsamda sıradan çekilme sözleşmesine taraf olan alacaklı iflas halinde, diğer tüm alacaklılar tatmin edildikten sonra geriye bir şey kalmıyorsa pay sahiplerine dağıtılmadan önce tatmin edilir<sup>64</sup>. Bununla birlikte, diğer tüm alacaklılar tatmin edildikten sonra geriye bir şey kalmamışsa sıradan vazgeçme sözleşmesi imzalayan alacaklı garameye katılamaz.

Kanunumuzda yer verilen bu istisnai düzenleme ile amaçlanan da sermayesi ile sınırlı sorumlu olan borca batık haldeki anonim şirketin iflasını

<sup>60</sup> Özetle (2014), s. 2333.

<sup>61</sup> Aydın, s. 112-113.; Kayar (2012), s. 654-655.; Altaş (2016), s. 357-358.

<sup>62</sup> Özetle (2014), s. 2339.; Işık, s. 1311.

<sup>63</sup> Türk (1999), s. 236.

<sup>64</sup> Türk (2016), s. 27.

önlemek ve şirketin iyileşmesi için zaman kazandırmaktır. Mahkemece geçerliliği, gerçekliği ve yerindeligi tespit edilmiş bir sıradan çekilme sözleşmesinin varlığı halinde şirketin iflasına karar verilemeyecektir. Dolayısıyla şirket faaliyetlerine devam edecektir. Faaliyetlerine devam eden şirketin ise borca batıklığı sona erdirme imkânı olacaktır. Ayrıca sıradan çekilme sözleşmesi yapan alacaklıların alacakları sırada sona gideceğinden diğer alacaklıların alacakları da tamamen karşılanabilir hale gelecektir.

Sıradan çekilme sözleşmesi yapılmış olması, borca batıklığı ortadan kaldırmadığı gibi şirket için doğrudan iyileşme de sağlamaz. Yalnızca borca batık olan şirketin iyileşme planlaması yapması ve borca batıklıktan kurtulması için zaman kazandırır<sup>65</sup>.

### 3. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Sıradan çekilme sözleşmeleri iki taraflı bir hukuki işlem olup iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Sıradan çekilmeden söz edilebilmesi için alacaklı ile borca batık konumdaki anonim şirketin sıradan çekilmeye ilişkin iradelerinin örtüşmesi gerekmektedir. Alacaklının tek taraflı irade beyanı ile sıradan çekilme sözleşmesi oluşmaz. Ancak öğretide alacaklıların sıradan çekilme taahhüdünün tek taraflı irade beyanı ile de geçerli sayılabileceği ileri sürülmektedir<sup>66</sup>. Kanaatimizce, sıradan çekilme tarafların karşılıklı olarak iradelerinin uyuşmasını gerektirir ve bir sözleşmedir. Dolayısıyla alacaklının tek taraflı sıradan çekilme beyanı, sıradan çekilmenin kanuni sonuçlarını doğurmaz. Bu sözleşme ile alacaklı, şirket borca batıklıktan kurtuluncaya kadar alacağını talep etmemeyi ve şirketin iflası halinde de diğer alacaklılar tatmin edilinceye kadar sıraya girmemeyi, şirket de bu aşamalara kadar alacaklının borcunu ödememeyi taahhüt eder.

Sıradan çekilme sözleşmelerinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sıradan çekilme sözleşmeleri üçüncü şahıs yararına sözleşmedir<sup>67</sup>. Bu görüşü savunanların dayanak noktası sözleşmenin yapılması ile borca batık haldeki şirketin diğer alacaklıları lehine de sonuçlar doğmasıdır. Hatta Pulaşlı'ya göre, sıradan çekilme sözleşmeleri ancak kayıtsız şartsız diğer bütün alacaklılar yararına olması halinde iyileştirici bir etkiye sahip olur<sup>68</sup>.

Üçüncü şahıs yararına sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu'nun 129. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; kendi adına sözleşme

<sup>65</sup> Şener, Oruç Hami (2019) Teorik ve Uygulamalı Ortaklılar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 4. Bası, Seçkin s: 383-384.

<sup>66</sup> Kırca / Şehirah Çelik / Manavgat, s. 588.

<sup>67</sup> Atalay (1996), s. 75; Kayar (2012), s. 654.; Türk (1999), s. 293-294.; Pulaşlı, Hasan (2015) Şirketler Hukuku Şerhi C: I, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 1183.

<sup>68</sup> Pulaşlı (2015), s.1183.

yapan kişi sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurarak edimin üçüncü kişiye ifasını talep edebilecektir. Üçüncü şahıs yararına sözleşmenin konusu sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişi yararına edimin ifasıdır<sup>69</sup>. Bu anlamda üçüncü şahıs yararına sözleşmelerde üçlü bir ilişki söz konusu olup, lehtar konumunda olan üçüncü kişiye ifada bulunmaktadır. Sıradan çekilme sözleşmelerinde ise lehtar konumunda olan üçüncü bir kişi yer almadığı gibi sözleşmede de üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü konulmamaktadır. TTK m. 376'nın gerekçesinde bu maddenin amacının en başta alacaklılar olmak üzere çeşitli çıkar gruplarının menfaatlerini korumak olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten, sözleşmenin yapılmasıyla sözleşmeye taraf olmayan şirket alacaklılarının lehine sonuçlar da doğmaktadır. Ancak bu husus sözleşmenin üçüncü şahıs yararına sözleşme olduğunu söylemek için yeterli değildir. Sıradan çekilme sözleşmelerinin asıl amacı şirketi borca batıklıktan ve borca batıklığın sonucu olan iflastan kurtarmaktır. Yani hedef, şirketin mali durumunun düzeltilmesidir. Bu sözleşmenin yapılması ile diğer şirket alacaklılarının lehine de sonuçlar doğmaktadır. Ancak bu husus, sözleşmenin diğer alacaklılar lehine yapıldığı ve sözleşmeye onlar lehine edim yükümlülüğü konulduğu anlamına gelmeyeceğinden sıradan çekilme sözleşmelerinin üçüncü şahıs yararına sözleşmelerden olduğu söylenemez<sup>70</sup>. Ancak Akkaşoğlu'na göre, bu sözleşmenin de sözleşme özgürlüğü çerçevesinde üçüncü kişi yararına sözleşme olarak akdedilmesi mümkündür<sup>71</sup>. Yani sözleşmeye açıkça bu konuda bir hüküm konulmak suretiyle sıradan çekilme sözleşmeleri üçüncü kişi yararına olarak yapılabilir. Sıradan çekilme sözleşmelerinin üçüncü şahıs yararına yapılabildiğinin kabulü halinde tam üçüncü şahıs yararına veya eksik üçüncü şahıs yararına sözleşme ayırımına da değinmek gerekir. Tam üçüncü şahıs yararına sözleşmelerde lehine sözleşme yapılan alacaklı sözleşmede öngörülen edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde bu edimin yerine getirilmesini talep edebilmektedir. Lehine sözleşme yapılan alacaklının sözleşmede öngörülen edimin yerine getirilmesini talep hakkı yoksa eksik üçüncü şahıs yararına sözleşmelerden söz edilmektedir. Bu durumda, sözleşmede açıkça üçüncü şahıs yararına akdedildiği belirtilmişse ve lehine sözleşme akdedilen alacaklıya sözleşmede kararlaştırılan edimin yerine getirilmesini talep etme hakkı verilmişse tam üçüncü şahıs yararına akdedilmiş bir sıradan çekilme sözleşmesinden söz edilir. Buna karşın, sözleşme açıkça üçüncü şahıs yararına akdedilmesine rağmen lehine sözleşme akdedilen alacaklıya

<sup>69</sup> **Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre** (2012) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 281.; **Reisoğlu, Safa** (2013) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 398.

<sup>70</sup> **B. Güneysu / Çapa**, s. 95-96.

<sup>71</sup> **Akkaşoğlu**, s. 290.

sözleşmede kararlaştırılan edimin yerine getirilmesini talep hakkı tanınmamışsa eksik üçüncü şahıs yararına sıradan çekilme sözleşmesinden söz edilir.

Sıradan çekilme sözleşmeleri ibra sözleşmesi niteliğinde midir? İki taraflı sözleşmelerden olan ibra sözleşmeleri tarafların karşılıklı iradeleri ile borcu sona erdirdikleri sözleşmelerdir. İbra sözleşmesi borçluyu borçtan kurtaran bir sözleşmedir<sup>72</sup>. Bu yönüyle sıradan çekilme sözleşmelerinin ibra sözleşmesi niteliğinde olduğunu da söyleyemeyiz<sup>73</sup>. Nitekim sıradan çekilme sözleşmesi akdedilince sözleşmeye taraf olan alacaklı alacağından vazgeçmemektedir. Sadece alacaklı alacağını talep hakkını borca batıklık süresince ertelemede, şirketin iflası halinde de sırada sona gitmeyi kabul etmektedir. Dolayısıyla borçlu şirketin borcu sona ermemektedir.

Sıradan çekilme sözleşmeleri erteleme sözleşmesi niteliğinde de değildir<sup>74</sup>. Erteleme sözleşmeleri ile borcun vadesi uzatılmaktadır. Bu kapsamda borcun vadesi gelmediği için borçlunun temerrüdü oluşmaz, temerrüt faizi talep edilemez ve de uzatma süresi boyunca zamanaşımı işlemmez. Sıradan çekilme sözleşmelerinde ise alacaklı alacağını belli bir süre talep etmeyeceğini beyan etmekle alacağın muacceliyet zamanını ertelemiş olmamaktadır. Sadece o alacağı talep hakkını belli bir süre ertelemektedir<sup>75</sup>. Ayrıca erteleme sözleşmelerinde zamanaşımı erteleme süresi boyunca dururken, sıradan çekilme sözleşmelerinde zamanaşımı işlemeye devam etmektedir<sup>76</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da açıkça anlaşıldığı üzere, sıradan çekilme sözleşmeleri kanunda öngörülen sözleşme kalıplarının hiçbirine tam olarak uymamaktadır. Bu yönüyle sıradan çekilme sözleşmeleri, kendine has özellikleri olan ve kendine has sonuçlar doğuran özel bir sözleşmedir. Tüm bu özellikleri nedeniyle sıradan çekilme sözleşmeleri sui generis<sup>77</sup> bir sözleşmedir<sup>78</sup>. Kanaatimizce de kanunda düzenlendiği şekliyle sıradan çekilme sözleşmeleri sui generis bir sözleşmedir.

<sup>72</sup> **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 848.; **Oğuzman, Kemal M.** (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: 1, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 546.

<sup>73</sup> **Akkaşoğlu**, s. 291.

<sup>74</sup> **B. Güneysu / Çapa**, s. 97.; **Akkaşoğlu**, s. 293.

<sup>75</sup> **Akkaşoğlu**, s. 293.

<sup>76</sup> **Akkaşoğlu**, s. 293. TTK 376. maddesinin gerekçesinde de sıradan çekilme sözleşmesinin zamanaşımına etki etmeyeceği belirtilmiştir.

<sup>77</sup> Sui Generis sözleşmeler, kendisine özgü yapıları dolayısıyla sözleşmeyi oluşturan unsurların kısmen veya tamamen kanunda öngörülen sözleşme tiplerine uymayan sözleşmelerdir. Sui generis sözleşmeler ile ilgili detaylı açıklama için bkz: **Tandoğan, Haluk** (2008) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C:1/1, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 13 ve devamı.; **Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre** (2013) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 11 ve devamı.

<sup>78</sup> **Akkaşoğlu**, s. 294.; **B. Güneysu / Çapa**, s. 97.

## 2. Sözleşmenin Hukuki Sonuçları

Borca batık haldeki şirket ile sıradan çekilme sözleşmesi yapan alacaklı, şirketin borca batıklık hali ortadan kalkıncaya kadar alacağını talep etmemeyi, şirketin borca batıklıktan kurtulamayarak iflası halinde de diğer tüm alacaklılar tatmin edilinceye kadar sırada sona gitmeyi taahhüt eder. Dolayısıyla sıradan çekilme sözleşmesinin yapılması borca batık şirketin pasiflerinde bir azalmaya sebep olmadığı için borca batıklık halini sona erdirmez<sup>79</sup>. Sıradan çekilme sözleşmesinin konusunu oluşturan alacak borca batıklığın tespitinde hesaba katılmaz. Sıradan çekilme sözleşmeleri borca batık şirket için doğrudan bir iyileştirme projesi de değildir. Ancak sözleşmenin yapılması ile şirket için bir iyileşme imkânı tanınmaktadır. Şöyle ki; sözleşmenin yapılması ile sözleşmeye taraf olan alacaklı, borca batıklık devam ettiği sürece alacağını talep etmemeyi taahhüt etmektedir. Alacaklının bu taahhüdü sayesinde şirket, diğer alacaklılarının alacaklarını ödeme ve şirket faaliyetlerine devam ettirerek aktiflerini arttırmak suretiyle borca batıklıktan kurtulma imkanına sahip olabilmektedir<sup>80</sup>.

Sıradan çekilme sözleşmesi yapılması ile alacaklı alacağından feragat etmiş olmaz. Dolayısıyla alacak varlığını korur. Yalnızca alacaklı diğer alacaklılar tatmin edilinceye kadar kendi alacağını almamayı taahhüt eder. Bu yönüyle sözleşme sadece alacaklıların sırasında bir değişiklik meydana getirir<sup>81</sup>.

Sıradan çekilme sözleşmesi ile sözleşmeye taraf olan alacaklının borca batıklık devam ettiği sürece alacağını talep etmemeyi taahhüt ettiğini söylemiştik. Sözleşme akdedildikten sonra sözleşmenin tarafları, sözleşmeyi etkisizleştirecek işlemlere kalkışamazlar. Örneğin; taraflar alacağı ödeme, takas veya yenileme suretiyle sona erdiremezler<sup>82</sup>. Bunun gibi sıradan çekilme sözleşmesine konu olan alacak şirketin aktifleriyle teminatlandırılmaz ve de sözleşmeye taraf olan alacaklıya diğer alacaklılar zararına menfaatler temin edilemez. Bununla birlikte sözleşmeye taraf olan alacaklı lehine şirketin aktiflerine doğrudan yük olmayan, şirket tesislerinden faydalanmak gibi durumlar kararlaştırılabilir<sup>83</sup>.

Sıradan çekilme sözleşmesi akdedildikten ve mahkemece geçerliliği tespit edildikten sonra sözleşmenin tarafı olan alacaklı, diğer alacaklılar tatmin edilmedikçe şirketten alacağını talep edemez. Ancak sıradan çekilme sözleşmesi yapılması halinde tedbirlere yer verilmediğinden sözleşmenin tarafı olan

<sup>79</sup> **Pulaşlı, Hasan** (2013) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, Adalet, s. 478.

<sup>80</sup> **Öztek** (2014), s. 2335.; **Şener**, s. 383-384.

<sup>81</sup> **Pulaşlı** (2013), s. 478.

<sup>82</sup> **Öztek** (2014), s. 2337.

<sup>83</sup> **B. Güneysu / Çapa**, s. 102.

alacaklının şirket aleyhine takibe kalkışması mümkündür<sup>84</sup>. Öğretide bir görüşe göre, geçerli bir sıradan çekilme sözleşmesinin varlığına rağmen, sözleşmenin tarafı olan alacaklıların şirkete karşı takibe girişmesi halinde bu takipler aleyhine şikâyet yoluna başvurulabilecektir<sup>85</sup>. Bir diğer görüşe göre, bu durum bir şikâyet sebebi olamaz<sup>86</sup>. Nitekim İcra İflas Kanunu anlamında şikâyet, icra ve iflas dairelerinin işlemlerine karşı ilgililere tanınmış bir yoldur. İcra ve iflas dairelerinin şirket ile alacaklılar arasında sıradan çekilme sözleşmesinin var olduğunu bilmesi mümkün olmadığı gibi bu anlaşmanın varlığı icra ve iflas daireleri için resen araştırılması gereken bir husus da değildir. Kanaatimizce de sıradan çekilme sözleşmesine taraf olan alacaklının şirkete karşı takibe girişmesi halinde şikâyet yoluna başvurulması mümkün değildir. Türk'e göre, sıradan çekilme sözleşmesine taraf olan alacaklının şirkete karşı takibe girişmesi durumu şikâyet sebebi olmasa da borçlu şirketin borca itiraz yoluna başvurusu mümkündür<sup>87</sup>.

Sözleşmenin içeriğini oluşturan sıradan çekilme ise etkilerini iflas halinde gösterir. Şirketin iflası halinde iflas masasına dahil olan alacaklar İİK'nın 206. Maddesine göre sıraya girerler ve bu sıra dahilinde paylaştırmaya katılırlar. İşte, sıradan çekilme sözleşmesi yapılması halinde sözleşmeye taraf olan alacaklı sırasından vazgeçerek sırada en sona gider. Sırada sona giden alacaklı, şirketin diğer bütün alacaklıları tatmin edilmedikçe paylaştırmaya katılamaz. Sıradan çekilme sözleşmeleri temelde etkilerini iflas halinde göstermekle birlikte sözleşmenin niteliği gereği, şirket iflas etmese bile sıradan çekilen alacaklı alacağını diğer tüm alacaklılardan sonra alır<sup>88</sup>.

Sözleşme, sıradan çekilme etkisini sadece şirketin borca batıklığa dayalı olarak iflas etmesi halinde gösterir. Yani sözleşmeye taraf olan alacaklılar sadece borca batıklığa dayalı olarak iflas halinde sırada sona giderler. Borca batık haldeki şirketle sıradan çekilme sözleşmesi imzalanmış ancak şirket borca batıklık dışında başka bir sebeple iflas etmişse bu halde sıradan çekilme etkilerini göstermez<sup>89</sup>.

Kanunda öngörülen şartları taşıyan bir sıradan çekilme sözleşmesinin varlığı şirketin iflasının önüne geçer. Borca batık haldeki şirketin yönetim organı borca batıklığı ve varsa alacaklılarla akdedilmiş olan sıradan çekilme sözleşmesini mahkemeye bildirmekle yükümlüdür. Borca batıklık sermaye şirketleri için doğrudan doğruya iflas sebebidir. Ancak geçerli bir sıradan çe-

<sup>84</sup> Kayar (2012), s. 654.

<sup>85</sup> Kayar (2012), s. 654.

<sup>86</sup> B. Güneysu / Çapa, s. 108.; Türk (2016), s. 30.

<sup>87</sup> Türk (2016), s. 30.

<sup>88</sup> Kayar (2012), s. 654.

<sup>89</sup> B. Güneysu/Çapa, s. 101.

kilme sözleşmesi varsa yönetim kurulu mahkemeye iflas bildiriminde bulunmaktan kurtulur ve şirketin iflasına da karar verilemez.

Sıradan çekilme sözleşmesi akdedildikten sonra şirketin borca batıklığı artabilir. Bu durumda yönetim organı bu borca batıklığı ortadan kaldıracak miktarda alacağın alacaklısı ile yeniden sıradan çekilme sözleşmesi imzalayabilir. Bu halde de yönetim organı bakımından iflası talep etme zorunluluğu doğmaz. Ancak borca batıklık artmasına rağmen bu borca batıklığı ortadan kaldıracak miktarda alacağın alacaklısı ile sıradan çekilme sözleşmesi imzalanamazsa yönetim organı bakımından mahkemeye başvurarak şirketin iflasını talep etme zorunluluğu yeniden gündeme gelir<sup>90</sup>.

### 3. Sıradan Çekilme Sözleşmelerinde Mahkemenin Yetkisi

#### a. Görevli ve Yetkili Mahkeme, Yargılama Usulü

İcra İflas Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemelere göre şirketin doğrudan doğruya iflasına karar verecek mercii şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir. Bu düzenlemeler çerçevesinde şirketin borca batık olduğunu öğrenen yönetim kurulunun şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurarak şirketin borca batık olduğunu bildirmesi ve şirketin iflasını istemesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere, doğrudan doğruya iflasta yetkili mahkeme şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkeme<sup>91</sup> iken görevli mahkeme de asliye ticaret mahkemeleridir. Sıradan çekilme sözleşmeleri ile ilgili olarak da aynı kural geçerlidir. Nitekim kanunda “...bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun.” ifadesine yer verilmiştir. Bu kapsamda, şirket alacaklıları ile sıradan çekilme sözleşmesi imzalayan şirketin yönetim kurulunun şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine bu durumu bildirme yükümlülüğü vardır.

Sıradan çekilme sözleşmeleri borca batıklığın sonucu olan doğrudan doğruya iflası önleyen istisnai bir düzenlemedir. Mahkemenin sıradan çekilme sözleşmesi ile ilgili incelemesi doğrudan iflas incelemesi ile bağlantılıdır. Şöyle ki; kanuna göre sıradan çekilme sözleşmelerinin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliği bilirkişilerce doğrulanamazsa mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış olan başvuru iflas istemi olarak kabul edilecektir (TTK 376/3). Bu

<sup>90</sup> Öztekin (2014), s. 2337.

<sup>91</sup> Şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin yetkisine ilişkin kural kesin yetki kuralıdır. Bkz. Eriş, s. 2014.

nedenledir ki, sıradan çekilme sözleşmeleri ile ilgili yapılan inceleme ile iflas bildirimini ile ilgili yapılan inceleme aynı usule tabidir denilebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’muzda doğrudan doğruya iflas çekişmesiz yargı işidir. Çekişmesiz yargı işlerine de niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü uygulanır. Çekişmesiz yargı işi olması dolayısıyla sıradan çekilme sözleşmelerine ilişkin olarak mahkemenin verdiği karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Sözleşmenin akdedilmesi ve mahkemece yerindeligi, gerçekliği ve geçerliliğinin tespit edilmesinden sonra yeniden borca batıklık durumunun ortaya çıkması halinde şirketin iflasının istenmesi sıradan çekilme sözleşmeleri ile ilgili olarak verilen hükmün maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinin bir göstergesidir<sup>92</sup>. Mahkemeye yapılan başvurudan sonra mahkeme borca batıklık durumunu re’sen araştırır. Dolayısıyla başvuruda bulunanlar gelmeseler bile mahkeme yargılamaya devam edip gerekli incelemeyi yapmalı ve kararını vermelidir<sup>93</sup>. Görüldüğü üzere, borca batıklık bildiriminin geri alınması söz konusu değildir<sup>94</sup>.

#### b. Mahkemenin İnceleme Yetkisinin Kapsamı

Sıradan çekilme sözleşmelerinin iflas kararı verilinceye kadar yapılabileceğinden, bu kapsamda mahkemeye iflas bildiriminde bulunmadan önce, iflas bildirimini ile veya iflas bildiriminden sonra yapılmasının mümkün olduğundan söz etmiştik.

İflas bildiriminden önce sıradan çekilme sözleşmesi yapılması halinde, yönetim kurulu mahkemeye borca batıklık durumunu ve alacaklılarla sıradan çekilme sözleşmesi yapıldığını bildirir. Bu ihtimalde mahkeme öncelikle şirketin borca batık olup olmadığını araştırır. Mahkeme şirketin borca batıklığına ilişkin yalnızca şirketin bildirimini esas alarak karar veremez. Şirketin gerçekten borca batık olup olmadığı mahkemece resen araştırılmalıdır<sup>95</sup>. Şirketin borca batık olmadığı anlaşılırsa, sözleşmeyi incelemeye gerek kalmaksızın şirketin borca batık olmadığına tespitine ve talebin reddine yönelik karar verilir. Mahkemenin yaptığı incelemede şirketin borca batık olduğu anlaşılırsa artık sıradan çekilme sözleşmesi değerlendirilir. Bu kapsamda mahkeme bilirkişilere inceleme yaptırır. Bilirkişilerce yapılacak inceleme sözleşmenin yerindeligi<sup>96</sup>, gerçekliği ve geçerliliğine

<sup>92</sup> B. Güneysu / Çapa, s. 106.

<sup>93</sup> Kayar, İsmail (2009) İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık ve İyileştirme Projesi ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, EÜİİBFD, S: 33, s. 21.

<sup>94</sup> Türk (2004), s. 302.

<sup>95</sup> Kayar (2009), s. 20.

<sup>96</sup> Türk’e göre bilirkişilerin sözleşmenin yerindeligi hususunda inceleme yapmaları bilirkişilik kurumu ile bağdaşmamaktadır. Bkz; Türk (2016), s. 29.



ilişkin olacaktır. Bu kapsamda bilirkişiler, sözleşmeyi imzalayanların gerçekten şirketten alacaklı olup olmadıklarını, alacaklarının dayanağını, miktar olarak borca batıklığı ortadan kaldıracak kadar olup olmadıklarını, sözleşmenin kanuna uygun olarak yapılıp yapılmadığını incelerler<sup>97</sup>. Yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda sözleşmenin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliği tespit edilirse, mahkemece borca batıklığın tespitine ve sıradan çekilme sözleşmesi sebebiyle iflas kararı verilmesine yer olmadığına karar verilir<sup>98</sup>. Bilirkişilerce yapılan inceleme sonucunda sözleşmesin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliği tespit edilemezse mahkemece şirketin iflasına karar verilir.

Sıradan çekilme sözleşmeleri iflas bildirimini ile birlikte de mahkemeye sunulabilir. Bu durumda mahkeme öncelikle sıradan çekilme sözleşmesine ilişkin gerekli incelemeyi yapar. Yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda sözleşmenin geçerliliği, gerçekliği ve yerindeliği tespit edilemezse mahkeme sıradan çekilme sözleşmesine ilişkin istisnanın uygulanması talebini ara kararla reddeder<sup>99</sup>. Ardından doğrudan doğruya iflasla ilgili incelemesine devam eder.

Mahkemeye iflas bildiriminde bulunduktan sonra ancak iflas kararı verilmesinden önce sıradan çekilme sözleşmesi yapılması ve mahkemeye sunulması halinde mahkemece sözleşme ile ilgili olarak bilirkişilerce inceleme yaptırılması gerekir. Yapılan inceleme sonucunda sözleşmenin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliği tespit edilirse iflas kararı verilemez.

Kayar'a göre iflasın ertelenmesine karar verildikten sonra da sıradan çekilme sözleşmesi yapılması mümkün olduğundan bu durumda mahkeme yaptıracağı bilirkişi incelemesi sonucunda sözleşmesin geçerli olduğunu tespit ederse iflasın ertelenmesi tedbirlerini kaldırıp iflasın ertelenmesi talebinin reddine karar vermelidir<sup>100</sup>. Yazara göre, borca batıklığı ortadan kaldıracak miktardaki alacaklılarla yapılan sıradan çekilme sözleşmesinin varlığı iflasa engel olduğu gibi iflasın ertelenmesi kararı verilmesine de engeldir<sup>101 102</sup>.

### c. Kanun Yolları

Mahkeme kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'muzda düzenlenmiştir. Hukukumuzda kanun yolları, mahke-

<sup>97</sup> Kayar (2012), s. 654.; Altaş (2016), s. 357.

<sup>98</sup> Kayar (2012), s. 654.

<sup>99</sup> B. Güneysu / Çapa, s. 110.

<sup>100</sup> Kayar (2012), s. 655.; Benzer şekilde, Altaş (2016), s. 358.

<sup>101</sup> Kayar (2012), s. 655.

<sup>102</sup> İflasın ertelenmesine ilişkin kanuni düzenlemeler İcra İflas Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda 28/02/2018 tarihinde 7101 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile yürürlükten kaldırılmıştır.

melerce verilmiş nihai kararlar için kabul edilmiş olup ara kararlar için gidilebilecek kabul edilmiş genel bir kanun yolu yoktur<sup>103</sup>. Dolayısıyla ara kararlara karşı tek başına kanun yoluna başvurulamaz. Ara kararlara karşı ancak nihai kararlarla birlikte kanun yoluna başvurulabilir. Sıradan çekilme sözleşmeleri ile ilgili olarak verilecek iki tür karar vardır. Birincisi, sıradan çekilme sözleşmesinin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliliğinin tespit edilememesi sebebiyle verilen talebin reddine yönelik karardır. Talebin reddine yönelik bu karar ara karar niteliğindedir. Dolayısıyla ara karar niteliğinde olan bu karara karşı tek başına kanun yoluna başvurulamaz. Mahkeme talebin reddine yönelik ara kararından sonra doğrudan doğruya iflas hususunda bir araştırma yapacak ve nihai kararını verecektir. Mahkemenin iflasla ilgili verdiği nihai karara karşı İİK'nın 164. maddesi çerçevesinde kararın tebliğinden itibaren 10 gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Mahkemenin iflasla ilgili olarak verdiği nihai kararlarla birlikte sıradan çekilme sözleşmelerine ilişkin kararına karşı da istinaf yoluna başvurulabilir.

Sıradan çekilme sözleşmelerinin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliliğinin tespiti sonucu mahkemece talebin kabulüne ilişkin verilen karar nihai karardır<sup>104</sup>. Dolayısıyla, çekişmesiz yargı işi niteliğinde olan bu nihai karara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Sıradan çekilme sözleşmeleri TTK'da düzenlenmekle birlikte iflas hukukuna ait bir kurum olduğundan bu karara karşı kanun yoluna başvuru süresi iflas kararındaki gibi 10 gündür<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> **Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder** (2013) Medeni Usul Hukuku, 24. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 573.

<sup>104</sup> **B. Güneysu / Çapa**, s. 112.

<sup>105</sup> **B. Güneysu / Çapa**, s. 112.

## SONUÇ

Anonim şirketlerde sermaye ile sınırlı sorumluluk nedeniyle malvarlığının korunması esastır. Kanunlarımızda da malvarlığının korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlardan biri de borca batıklığa ilişkin düzenlemelerdir. Borca batıklık kısaca şirketin borçlarının mevcut ve alacaklarından fazla olmasıdır. Borca batıklık kural olarak şirketin doğrudan doğruya iflası sebebidir. Bu önemli sonucu nedeniyle borca batıklığın tespiti de önem arz etmektedir. Anonim şirket yönetim kurulu borca batıklığa ilişkin işaretlerin varlığı halinde kanuna göre ara bilanço düzenlemekle yükümlüdür. TTK borca batıklık halinde yönetim kuruluna iki esasa göre bilanço düzenleme yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre yönetim kurulu hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre bilanço düzenlemek zorundadır. Kanunda iki esasa göre bilanço düzenleme yükümlülüğü getirilmesine rağmen bu bilançoların farklı sonuçlar göstermesi halinde nasıl hareket edileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İİK'da 2016 yılında yapılan değişiklikle açıkça aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre borca batıklığın tespit edilmesinden söz edilmiştir. Bu düzenleme ile borca batıklığın tespitinde aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen bilançoya üstünlük tanınmıştır. İİK'da yapılan bu değişiklikten sonra TTK'da herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Yani TTK hükümlerine göre yönetim kurulu hala her iki esasa göre bilanço düzenlemek zorundadır. İİK'da yapılan değişiklikten sonra yönetim kurulunun artık her iki esasa göre bilanço düzenlemekle yükümlü olmadığını söyleyemeyiz. TTK'daki emredici hüküm gereği yönetim kurulu hala her iki esasa göre bilanço düzenlemek zorundadır. Bununla birlikte 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ 15/09/2018 tarihli Resmî Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu tebliğin 12/4. Fıkrasında, yönetim organının hem işletmenin devamlılığı esasına hem de aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre çıkarılan ara bilanço üzerinden aktiflerin şirket alacaklarını karşılamaya yetmediğine karar vermesi ve diğer tedbirleri almaması halinde şirketin iflası için mahkemeye başvuracağını düzenlendiği anlaşılmıştır. Kaldı ki işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilançonun da şirketin iyileşme olanağı olup olmadığını gösterdiğini söyleyebiliriz. Bu çerçevede aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre hazırlanan bilanço borca batıklık sonucunu göstermesine rağmen işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen bilançonun borca

batıklık sonucunu göstermemesi alacaklıları şirketle sıradan çekilme sözleşmesi imzalamaya teşvik edebilir.

Kanunumuzda borca batık haldeki şirketin iflasını önleyen istisnai bir düzenleme olarak sıradan çekilme sözleşmelerine yer verilmiştir. Sıradan çekilme sözleşmeleri borca batık haldeki şirketin iflastan kurtulabilmesi için şirkete özel bir imkân tanımakta, bu sayede şirket zaman kazanarak mali durumunu düzeltme imkanına sahip olmaktadır.

Sıradan çekilme sözleşmesi borca batık haldeki şirket ile şirketin borca batıklığını izale edecek tutardaki şirket borçlarının alacaklıları arasında imzalanır. Kanunda sözleşme için açıkça yazılı şekil öngörülmüştür. Bu şekil şartına uyulmaksızın yapılan sözleşme geçerli değildir.

Sıradan çekilme sözleşmelerinin süre bakımından sınırlanması sözleşmenin niteliği gereği mümkün değildir. Kural olarak sözleşme imzalandıktan sonra sıradan çekilme, şirket borca batıklıktan kurtulana, borca batıklıktan kurtulamayarak iflas etmişse diğer tüm alacaklılar tatmin edilene kadar devam eder. Sıradan çekilme sözleşmelerinde sıradan çekilme süre bakımından sınırlanamazken, sözleşmenin sağladığı erteleme etkisi süre bakımından sınırlanabilir. Örneğin; şirketle sözleşme imzalanırken 5 yıl gibi bir süre belirlenip bu süre içinde şirketin borca batıklıktan kurtarılması, bu süre içinde borca batıklıktan kurtarılmıyorsa şirketin iflasını istenmesi kararlaştırılabilir.

Sıradan çekilme sözleşmeleri, şirketin borca batık olduğu öğrenildikten sonra borca batıklık sebebiyle iflasına karar verilene kadar her zaman yapılabilir. Bu kapsamda sözleşmenin mahkemeye iflas bildiriminden önce yapılması mümkün olduğu gibi mahkemeye iflas bildiriminde bulunulduktan sonra fakat iflas kararı verilmesinden önce yapılması da mümkündür.

Sıradan çekilme sözleşmelerinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Ağırlıklı olarak sıradan çekilme sözleşmelerinin üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu ve/veya sui generis bir sözleşme olduğu üzerinde durulmaktadır. Öğretide, sıradan çekilme sözleşmelerinin sözleşmeye taraf olmayan alacaklılar lehine sonuçlar da doğurması sebebiyle üçüncü kişi lehine sözleşme olduğu savunulmaktadır. Ancak kanaatimizce, sıradan çekilme sözleşmeleri her ne kadar sözleşmeye taraf olmayan alacaklılar lehine de sonuçlar doğursa da bu husus sıradan çekilme sözleşmelerinin üçüncü kişi yararına sözleşme olduğunu söylemek için yeterli değildir. Sıradan çekilme sözleşmeleri kanunda öngörülen şekliyle kendine has özellikleri olan ve kendine has sonuçlar doğuran

sözleşmelerdir. Bu haliyle sıradan çekilme sözleşmelerinin sui generis sözleşmelerden olduğunu söyleyebiliriz.

Sıradan çekilme sözleşmesinin akdedilmesi ile sözleşmeye taraf olan alacaklı alacağından vazgeçmiş olmaz. Ayrıca borca batık haldeki şirketin borca batıklığı da sona ermez. Aynı zamanda sıradan çekilme sözleşmeleri şirket için doğrudan bir iyileştirme de sağlamaz. Yalnızca sözleşmenin akdedilmesi ile şirket faaliyetlerine devam ederek mali durumunu düzeltme imkânı elde eder. Sözleşmenin içeriğini oluşturan sıradan çekilme etkisi de kendini şirketin iflası halinde gösterir.

Şirketin alacaklıları ile sıradan çekilme sözleşmesi akdetmesi tek başına yeterli değildir. Sözleşme akdedilmesine rağmen şirketin, borca batık olduğunu ve alacaklıları ile sıradan çekilme sözleşmesi imzaladığını mahkemeye bildirmesi gerekir. Yani sıradan çekilme sözleşmeleri mahkemeye bildirimde bulunmaya engel olmaz. Yönetim kurulunun mahkemeye bildirim yükümlülüğü onun devredilemez görev ve yetkilerindedir. Bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu doğurduğu gibi cezai sorumlulukları da doğar.

Mahkemeye bildirimden sonra mahkeme öncelikle şirketin borca batık olup olmadığını inceler. Mahkemece yapılan inceleme sonucunda şirketin borca batık olduğu tespit edilirse mahkeme sıradan çekilme sözleşmelerini inceler. Sıradan çekilme sözleşmelerinin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliliği ile ilgili bilirkişi incelemesi yaptırılır. Yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda sözleşmenin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliliği tespit edilirse mahkemece şirketin iflasına karar verilemez. Ancak sözleşmenin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliliği tespit edilememişse şirketin iflasına karar verilir.

Mahkemenin sıradan çekilme sözleşmesinin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliliğinin tespit edilememesi halinde sıradan çekilme sözleşmesine ilişkin talebin reddi kararı ara karar niteliğinde olduğundan bu karara karşı tek başına kanun yoluna gidilemez. Ancak iflasa ilişkin kararla birlikte kanun yoluna gidilebilir.

Sıradan çekilme sözleşmesinin gerçekliği, geçerliliği ve yerindeliliğinin tespit edilmesi halinde mahkemece talebin kabulüne ilişkin olarak verilen karar ise nihai karar olduğundan tek başına kanun yoluna götürülebilir.

## KAYNAKÇA

- Altaş, Soner** (2011) Eski ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Mali Durumu Bozulan Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Görevleri ve Sorumlulukları, *Mali Çözüm Dergisi*, S: 4, s. 163-179.
- Altaş, Soner** (2016) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Akkaşoğlu, Nevfel** (2015) Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, *İÜHFD*, C: 6, S: 1, s. 279-298.
- Atalay, Oğuz** (1996) Anonim Şirketlerin İflası, 1. Baskı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.
- Atalay Oğuz** (2003) İflasın Erteleenmesi, *Bankacılar Dergisi*, S: 47, s. 93-98.
- Aydın, Alihan** (2012) Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış, *İÜHFM*, C: LXX, S: 2, s. 101-114.
- Bitlisli, Ferhat / Yılmaz, Tayfun** (2016) İflasın Erteleenmesinde Borca Batıklık Bilançosunun Oluşturulması: Bir Uygulama, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C: 8, S: 15, s. 207-223.
- Boran Güneysu, Nilüfer / Çapa, M. Sadık** (2014) Borca Batıklık ve İflasın Önlenmesi Yolu Olarak "Sıradan Çekilme Anlaşması", *İÜHFD*, C: 5, S: 1, s. 77-118.
- Bozgeyik, Hayri / Aslanoğlu, Suphi / Özalp, Ayşe Duygu** (2016) İflas Erteleme Kapsamında Hazırlanan Borca Batıklık Bilançosunda Yer Alan Alacakların Mali ve Hukuki Durumu, S: 2, s. 17-25.
- Çamoğlu, Ersin** (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Domaniç, Hayri** (1988) Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul, Temel Yayınevi.
- Dumlupınar, Tansu** (2014) Sermaye Şirketlerinde İflasın Erteleenmesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1, s. 71-113.
- Eriş, Gönen** (2017) Açıklamalı, İçtihatlı, En Son Değişiklikler ile Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler C: 2, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ermenek, İbrahim** (2009) İflasın Erteleenmesi, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre** (2012) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- İşık, Serpil** (2016) Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Borca Batık Olmaları Sebebiyle Doğrudan İflaslarının Söz Konusu Olması Durumunda İflasın Erteleenmesi Kurumuna Başvuru Şartlarının Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *İÜHFM*, C: LXXIV, Özel Sayı 2, s. 1291-1346.
- İmregün, Oğuz** (1999) "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu": Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, Beta.

- Karahan, Sami** (Editör) (2013) Şirketler Hukuku, 2. Bası, Konya, Mimoza.
- Kayar, İsmail** (2009) İflasın Ertelemesinde Borca Batıklık ve İyileştirme Projesi ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, EÜİİBFD, S: 33, s. 19-45.
- Kayar, İsmail** (2012) “Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları” 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 18, Özel Sayı: 2, s. 643-658.
- Kendigelen, Abuzer** (2011) Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, İstanbul, XII Levha Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder** (2013) Medeni Usul Hukuku, 24. Bası, Ankara, Yetkin.
- Kırca, İsmail / Şehirli Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar** (2013) Anonim Şirketler Hukuku; C: 1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Moroğlu, Erdoğan** (2009) Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları; Değerlendirme ve Öneriler, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, Kemal M.** (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: 1, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Öztek, Selçuk** (2014) Borca Batık Anonim Şirketlerde İflası Önleyen Yeni Bir Araç Olarak Sırada Sona Yerleştirme (Sıradan Vazgeçme), DEÜHFD, C: 16, Özel Sayı 2014, s. 2319-2343.
- Öztek, Selçuk** (2005) İflasın Ertelemesi, Bankacılar Dergisi, S: 53, s. 23-71.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin** (2005) Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Arıkan.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin** (2014) Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Pulaşlı, Hasan** (2013) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara, Adalet.
- Pulaşlı, Hasan** (2015) Şirketler Hukuku Şerhi C: I, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Reisoğlu, Safa** (2013) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Sumer, Haluk** (2013) Ticari Bilanço ve Borca Batıklık Bilançosu, İstanbul Barosu Dergisi, C: 87, S: 2, s. 39-53.
- Şener, Oruç Hami** (2019) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Ankara, Seçkin.
- Tandoğan, Haluk** (2008) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C: 1/1, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Tekinalp, Ünal** (2010) “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C: II, 1. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık.

- Tekinalp, Ünal** (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Türk, Ahmet** (1999) Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım.
- Türk, Ahmet** (2004) Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflası ve İflasın Ertenilmesi Konusunda İcra ve İflas Kanununda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler, DEÜHFD, C: 6, S: 1, s. 295-334.
- Türk, Ahmet** (2016) Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflasın Ertenilmesi Konusunda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu ile Getirilen Değişiklik ve Yenilikler, BATİDER, C: 32, S: 1, s. 5-60.
- Üçışık, Güzin / Çelik, Aydın** (2013) Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, 1. Baskı, Anka, Adalet.
- Üstündağ, Saim** (2010) Türk Ticaret Kanunu'nun 324. Maddesinin 3. Fıkrası Üzerine Düşünceler; Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Yılmaz, Berna Burcu** (2009) İflasın Tespiti ve Ertenilmesi Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirilmesi, Türmob Yayınları
- Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre** (2013) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.



## YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce makaleler yayınlanmaktadır.
3. Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmalarının denetimini yapmış oldukları, bu haliyle basılabileceğini ve dergiye ait yayın ve yazım kurallarını kabul ettikleri varsayılır. Bilimsellik ölçütlerine uymadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışı içerdiği tespit edilen çalışmalar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınır. Belirtilen inceleme sonucu uygun bulunan çalışmalar yayınlanır. Yayınlanması uygun bulunmayan çalışmalara ait hakem değerlendirme formları yazarına "DergiPark" yoluyla iletilir. Yayınlanmayan çalışmalar, yazarına geri gönderilmez.
5. Hakem raporları neticesinde yayınlanması uygun bulunursa çalışma yayına hazır hale gelir. Bu aşamada Yayın Kurulu, Derginin çıkacak ilk sayısına daha önceden kabul edilen makalelerin sayısı ve konu çeşitliliğini göz önünde bulundurarak, ilgili makalenin hangi sayıda yayınlanacağına karar verir. Makale sayısının fazla oluşu ve/veya benzer konuda makale bulunması halinde, yayına hazır olan bu çalışma derginin sonraki sayılarında yayınlanabilir. Bu durum, gerekçesi belirtilerek, yazarına bildirilir.
6. Son gönderim tarihinden sonra dergimize ulaşan çalışmaların, hakem incelemeleri yetişmesi durumunda, güncel sayıda yayınlanıp yayınlanmaması, makale sayısı ve konuları dikkate alınarak Yayın Kurulu tarafından değerlendirilir.
7. Dergiye gönderilen çalışmalar 3.000 kelimedenden az ve 15.000 kelimedenden çok olamaz. Her çalışmada 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce yazılmalıdır.
8. Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

9. Dergide yayınlanan çalışmaların idari, bilimsel ve her türlü sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.
10. Makaleler “*DergiPark*” sistemi üzerinden gönderilmelidir. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, ORCID No’larını, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belgeyi de “*DergiPark*” sistemi üzerinden göndermelidirler.
11. Çalışmaların yayınlanıp yayınlanmayacağı yapılacak olan hakem denetimine uygun olarak Yayın Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve yazarına e-posta yolu ile bildirilir.
12. Yayınlanacak çalışmaların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne aittir. Yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır.
13. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen Yazar bunu kabul etmiş sayılır.
14. Dergide, makaleler dışında; *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
15. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından yayınlanmaması yönünde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
16. Çalışmalar “Microsoft Word” programında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı normal stil olmalıdır.
17. Çalışma içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:
  - I. **KALIN VE TÜRÜMÜ BÜYÜK HARF**
    - A. **KALIN ve TÜRÜMÜ BÜYÜK HARF**
      1. **Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**
        - a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük
        - i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük
18. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları’na uygun olarak yapılmalıdır.
19. Yayınlarımızın resmî web adresi [www.ybhukukdergisi.com](http://www.ybhukukdergisi.com) adresidir.

**ATIF KURALLARI**

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (**Yazarın Soyadı**, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (**Yazarın Soyadı** (YIL), atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a, b harfleri konulmalıdır (**Yazarın Soyadı** (YILa veya YILb), atıf yapılacak sayfa).
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflarda ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır.
7. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

### KİTAP

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

*Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:*

**Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.25.

*Örnek Kısa Atıf:*

**Uşan**, s.25.

### İki yazar durumunda:

**Yazarın Soyadı, Adı/İkinci Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

*Örnek:*

**Acer, Yücel/Kaya, İbrahim** (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

### Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

İlk atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

*Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:*

**Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

*Örnek Kısa Atıf:*

**Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri**, s.13.

### EDİTÖRLÜ KİTAP

**Editörün Soyadı, Adı** (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

*Örnek:*

**Dülger, İbrahim** (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4. Bası, Konya, Sayram.

### KİTAP BÖLÜMÜ

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

*Örnek:*

**Uşan, M. Fatih** (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

### ÇEVİRİ KİTAP

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

*Örnek:*

**Dworkin, Ronald** (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Baskı, Ankara, Dost).

### ELEKTRONİK KİTAP

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) Kitap adı, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

*Örnek:*

**Demircioğlu, A. Murat** (2010) Labor in Law Turkey,  
<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

### ELEKTRONİK KİTAP BÖLÜMÜ

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap Adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

*Örnek:*

**Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii** (2015) “Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board”: Gasser, Urs/Budish, Ryan/ West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series,  
<[http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet\\_governance](http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance)> s.e.t. 10.08.2015.

### MAKALE

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) “Makale adı”, Dergi adı, C: (^Cilt), S: (^Sayı), s. İlk-Son sayfa aralığı.

*Örnek Kaynakça Atf:*

**Uşan, M. Fatih** (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

*Örnek İlk Atf:*

**Uşan, M. Fatih** (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.20.

*Örnek Kısa Atf:*

**Uşan**, s.22.

### ELEKTRONİK MAKALE

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) “Makale adı”, ^Dergi adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

*Örnek:*

**Uşan, M. Fatih** (2003) “Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı”, e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

### KONFERANS TEBLİĞİ

**Yazarın Soyadı, Adı** (^Basım Yılı) “Tebliğin Başlığı”, Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans adı, Tarih, Yer.

*Örnek:*

**Uşan, M. Fatih** “Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği”: Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

### TEZ

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) “Tez Başlığı”, (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

*Örnek:*

**Kılınç, Ahmet** (2013) “Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir” (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

### MAHKEME KARARI

^**Dava Adı**, Merci, ^Başvuru no, ^E:, K:, T:, ^Kaynak

*Örnek 1:*

**Burak Günay Başvurusu** (2), AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

*Örnek 2:*

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

### İNTERNET ADRESİ

**Soyadı, Adı**, Mecra, Başlık, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

*Örnek:*

**Uşan, M. Fatih**, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

-İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

*Örnek: Uşan*, dn. 24.

### RAPOR

**Soyadı, Adı** (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No: , <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

*Örnek:*

**Oğuz, Fuat & Kent, Bülent** (2011) İstanbul Ticaret Odası, “Anayasa’da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

### GENERAL SUBMISSION GUIDELINE

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal that is being published semiannually.
2. Articles written in Turkish, German, French, and English may be published in the journal.
3. It is assumed that authors have reviewed articles before submitting them to the journal, approve them to be published as they have sent and accept the rules of citation of the journal. Articles which do not conform to scientific criteria and include misspelling above average are refused by editorial board.
4. The articles are being sent to at least two referees for review after and depend on the first decision of the editorial board. According to blind peer review system, author names are concealed from the articles before sending to referees. Upon the request of correction report of the referee, the author can only make changes within the framework of the amendment report. If one of the referee report assessment is positive and the other one is negative, the article will be sent to the editor or a third referee for evaluation. Following being found appropriate by the evaluator, the article can be published. A “Referee Assessment Form” for articles that have not been qualified to be published, is sent to the author of the article by “*Dergipark*”. Unpublished articles will not be sent back to the author.
5. The articles are processed with the date of sending and published with respect to date of return of the referees; however, in this instance, the editorial board can decide on the publishing sequence with taking the articles that are already approved to be published in the first review to be issued before and variety of topics into consideration. If the number of the articles are too many to publish in the same number and/or articles with similar subjects will be in the same issue, the article which is ready to be published may appear in the following issues of the journal. In this case, the author will be informed with the reason.
6. The articles which are sent after submitting deadline of the issue, can be published in the first number of the journal, when they are reviewed by the referees; however, in this stage the editorial board decides them to be published in the first issue based on variety of topics and number of articles.
7. Articles sent to the journal cannot be less than 3000 or more than 15 000 words. Each article should include a summary of 150 - 250 words and five to ten key words. The title, summary and keywords should also be written in Turkish.
8. The articles submitted to the journal must be unpublished or not being submitted elsewhere.



9. The complete responsibility and liability of the submissions belong to the concerned author.
10. Articles should be sent through “*Dergipark*”. Authors should acknowledge their ORCID numbers, degree, mission agencies, contact addresses, phone numbers and e-mail addresses in a different document by “*Dergipark*”.
11. The decision of the article is to be published or not to be published is determined by the editorial board in conformity with the referee’s review and announced by e-mail to author.
12. If the articles are accepted for publication, all broadcasting rights of the publish - including full text electronically - belong to Ankara Yıldırım Beyazıt University. Authors are deemed to have accepted to transfer the copyright to the University.
13. Authors do not receive any royalty in return. Authors are deemed to accept this circumstance when submitting their study to the journal.
14. In addition to articles, book reviews, legislative assessments and informative remarks can be published in the journal. The acceptance or refusal of such works are made by editorial board.
15. Works that do not return from referee review in due of time, are evaluated to be published in the next issue unless otherwise stated by its author.
16. Works should be written in the “Microsoft Word” Program with font type Times New Roman, font size 12, normal style and aligned to the left and the right.
17. Titles within the text should be organized as follows:
  - I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD**
    - A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD**
      - 1. Only First Letters Capital and Bold**
        - a. Only First Letters Capital and Regular
          - i. Only First Letters Capital and Regular
18. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be showed as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
19. Official web page of our publications is [www.ybhukukdergisi.com](http://www.ybhukukdergisi.com).

## **RULES OF CITATION**

1. The articles that are submitted to Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.

3. If there is no rules in this attribution system, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.
4. When it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in the first place where cited to it. In the ongoing parts of article, citation should be an abbreviation such as (**Author's Surname**, page to be cited). If more than one treatise of the same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating the year (**Author's Surname** (year), page to be cited) which treatise is published.
6. Author's surname and first name should be bold in the first place of citation and bibliography. In the ongoing parts of article only the Author's surname should be cited bold in footnotes.
7. If there is information on the issue of resource type, “^” sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The “l.a.d.” expression refers to the date of last access.

**BOOK**

**Author's Surname, Name** (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

*Example in First Citation and Bibliography:*

**Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p.25.

*Short Citation Example:*

**Uşan**, p.25.

In case of two author:

**Author's Surname, Name/2. Author's Surname, Name** (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

*Example:*

**Acer, Yücel/Kaya, İbrahim** (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of four and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

*Example in First Citation and Bibliography:*

**Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

*Short Citation Example:*

**Özbek/Doğan/Bacaksız and others**, s.13.

**EDITED BOOK**

**Editor's Surname, Name** (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

*Example:*

**Dülger, İbrahim** (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

### BOOK SECTION

**Author's Surname, Name** (Year) "Article title": Editor's Surname, Name (Editor/s), Book title, Edition, City, Publisher.

*Example:*

**Uşan, M. Fatih** (2014) "İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi": Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications.

### TRANSLATION BOOK

**Author's Surname, Name** (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher).

*Example:*

**Dworkin, Ronald** (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost).

### ELECTRONIC BOOKS

**Author's Surname, Name** (Year) Book's Name, <Internet address> l.a.d. Date.

*Example:*

**Demircioğlu, A. Murat** (2010) Labor in law Turkey, <<http://search.eschost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> l.a.d. 10.08.2015.

### ELECTRONIC BOOK CHAPTER

**Author's Surname, Name** "Article's Name": Editor's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> l.a.d. Date.

*Example:*

**Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii** (2015) "Multistakeholder as Governan-ce Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improve-ment Board": Gasser, Urs/Budish, Ryan/ West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <[http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet\\_governance](http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance)> l.a.d. 10.08.2015.

#### ARTICLE

**Surname, Name** (Year) "Article's Name", Journal's Name, I: (^Issue) V: (^Volume),  
The first-last page range.

*Example in Bibliography:*

**Uşan, M. Fatih** (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları",  
Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

*Example in First Citation:*

**Uşan, M. Fatih** (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları"  
Kamu İş, I:1, V:10, p.20

*Short Citation Example:*

**Uşan**, p.22.

#### ELECTRONIC ARTICLE

**Surname, Name** (Year) "Article's Name", ^Journal's Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) "Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi  
ve İş Mevzuatı", e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>>  
l.a.d. 28.07.2015.

#### CONFERENCE PROCEEDING

**Author's Surname, Name** (^Year) "Title of the Annunciation", Editor's Surname,  
Name (Editor/s), Conference Name, Date, Place.

*Example:*

**Uşan, M. Fatih**, "Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği": Top-  
rak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7  
May 2014, Labor and Social Security Ministry - Occupational Health and Safety Gen-  
eral Directorate, İstanbul.

#### THESIS

**Author's Surname, Name** (Year) "Thesis Head" (Type: Masters-Doctorate), Universi-  
ty, Institute.

*Example:*

**Kılınç, Ahmet** (2013) "Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir"  
(Doctorate), Gazi University, Institute of Social Sciences.

### COURT DECISION

^**Case Name**, Mercier, ^Application No, ^E:, K:, T:, ^Citation.

*Example 1:*

**Burak Günay Başvurusu (2)**, AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015.

*Example 2:*

Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

### WEB ADDRESS

**Surname, Name**, Authority, Title <Internet address> l.a.d. Date.

*Example:*

**Uşan, M. Fatih**, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> l.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

*Example:*

**Uşan**, fn. 24.

### THE REPORT

**Surname, Name**, Institution (Year) Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> l.a.d. Date.

*Example:*

**Oğuz, Fuat & Kent, Bülent**, Istanbul Chamber of Commerce (2011) "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler", <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>> l.a.d. 07/27/2015.

